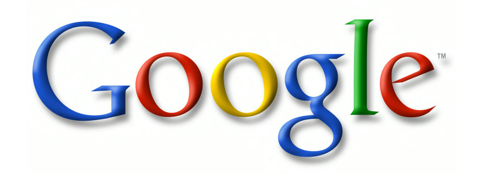
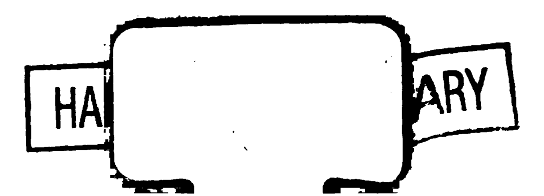



HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 061 177 762


HA
ARY

[illegible]
20

Dr. Theodor v. Jotte

Arthur Scheller
1932

# EXCURSE

ÜBER

# RÖMISCHES RECHT

HÜLFSBUCH

FÜR ACADEMISCHE PRIVATSTUDIEN IM GEBIET
DER INSTITUTIONEN SOWIE DER ÄUSSEREN UND INNEREN
RECHTSGESCHICHTE

VON

DR. JOHANNES EMIL KUNTZE
ORD. PROFESSOR DER RECHTE A. D. UNIVERSITÄT LEIPZIG

ZWEITE AUFLAGE



LEIPZIG
J. C. HINRICHS'SCHE BUCHHANDLUNG
1880.

# Vorwort zur ersten Auflage.

Bei dem Studium einer jeden Disciplin besteht der erste Schritt selbstverständlich in der cursorischen Gewinnung eines Ueberblicks des Stoffs und seines Gefüges. Der zweite Schritt wird dann immer der seyn, daß der Lernende von einzelnen Punkten der durchwanderten Bahn aus sich in eignem Nachdenken und Forschen versucht. Wie der Cursus jenen ersten, sollen die Excurse diesen zweiten Schritt begleiten und leiten.

Diese Excurse bilden nicht einen fortlaufenden Commentar zum Cursus, sondern eine frei geknüpfte Kette kleiner und größerer Ausführungen, welche den Leser des Cursus an einzelnen interessanteren Stellen des Systems auffordern, Halt zu machen und den Blick zu vertiefen. Jedes System hat seine historischen und dogmatischen Tiefen, welche oft verborgen sind, und welche doch dem ungeübten Blick zu erschließen wohl verlohnt.

Gleich dem Cursus richten sich auch die Excurse weniger an den Lehrenden, als an den Lernenden. Der Anfänger darf nicht sofort in das weitschichtige Controversenmaterial versetzt werden, welches den Himmel des römischen Rechts umwölkt: das würde seinen Blick verschleiern und den Tritt des Vorwärtsschreitenden gefährden. Dennoch sind Controversen nicht unwichtige Bildungsmittel: sie eröffnen dem in den traditionellen Horizont der Lehren eingeschloßnen Blicke Perspektiven ins Freie; ihr Studium ist Gymnastik. Ich habe daher vornehmlich solche Controversen, welche sachlich lehrreich und dem Maaße des Anfängers entsprechend scheinen, herausgegriffen, um mittels ihrer eine Vorstellung vom Arbeiten der Wissenschaft zu geben und dem für viele Geister gerade im Detail gelegenen Reize Geltung zu verschaffen. Derselbe weckt eine Ahnung von der Unendlichkeit des Inhalts, mit welcher es eine jede Disciplin der wahren Wissenschaft zu thun hat.

Der denkende Anfänger, wenn er über das erste Hören und Staunen hinaus ist, hat den natürlichen Trieb, selbstprüfend und in eignen Sympathien sich dem Einzelnen zu nähern. In dieser Richtung, dachte ich, könnten die Excurse zur Anleitung für die ersten Versuche eines ernsteren Privatstudiums dienen. Ich habe daher nichts dagegen, wenn man sie als einen Anhang des Cursus oder als eine Brücke von den Institutionen zu den Pandekten bezeichnen wollte. Sie werden ihren Zweck erfüllen, wenn ihre Lektüre die bedeutsamen Ferien, welche zwischen das Institutionen- und Pandektenstudium zu fallen pflegen, ausfüllt. —

Hoffentlich wird aus den Excursen deutlich genug erhellen, warum ich den eigentlichen Faden der Darstellung mit Ancus Martius begonnen und mit Modestinus geschlossen habe. Wenn man die Ungewohntheit dieser Grenzen überwunden haben wird, dürfte unschwer zu erkennen seyn, daß nur innerhalb solcher Grenzen die geschichtliche Bewegung der römischen Rechtsmasse zum vollen und leichten Ausdruck gelangt, und ein großer Theil der Wiederholungen, welche erfahrungsmäßig bei der bisher üblichen Ausdehnung des Institutionenmaterials auf Justinian (und die Glosse) ebenso unumgänglich, wie lästig sind, vermieden werden kann. Entlastung der Pandektendisciplin ist wünschenswerth, aber gewiß ist sie nur möglich durch Ausscheidung der altrömischen —, nicht der nachclassischen Bestandtheile; es liegt also nahe genug, von den letzteren eben die Institutionendisciplin womöglich zu befreien. Der didaktische Gewinn für diese aus solcher Befreiung, die in der That Säuberung ist, liegt so offen, daß kein Wort weiter darüber zu verlieren ist. Zudem hat ein Ueberblick über die nachclassischen Gesetzgebungsexperimente im Zusammenhang auch seinen Reiz und Werth.

Während in den Compendien der deutschen Rechtsgeschichte oft über Gebühr breite Auseinandersetzungen aus der germanischen Cultur- und Wirthschaftsgeschichte eingeflochten werden, erscheint die römische Rechtsgeschichte fast ausnahmslos entblößt von aller culturgeschichtlichen und nationalökonomischen Ausstattung. Ich habe diesem Mangel, welcher in unserer allenthalben das Oekonomische accentuirenden Zeit ganz besonders schwer empfunden wird, abzuhelfen gesucht und bitte, verschiedene längere Excurse gerade in diesem Sinne aufzunehmen; auch sie aber wollen nur anregen, nicht erschöpfen.

In dem Register ist auf die terminologischen Ausdrücke und sonst karakteristischen Wendungen der Quellen sorgfältige Rücksicht genommen. Ehedem wünschte man dem Juristen außer einer *aurea crumena* auch *ferreum caput* und *plumbeas nates:* Werthvolles in einer Zeit, da es unerläßlich schien, die ganze Folge der Digestentitel aufzählen zu können, und für einen Ruhm galt, den Wortlaut des *Corpus juris* im Gedächtniß zu tragen. Von Dion. Gothofredus und Donellus erzählte man sich, daß sie diesen Ruhm genossen, und von Petrus Ravenna gar, daß er das *Corpus*

*juris* sammt den Glossen auswendig wußte, woher er den Namen Petrus a Memoria empfing. Heutzutage würde solches Wissen mehr Pein, als Ruhm verschaffen; eiserner Kopf und bleiernes Sitzfleisch sind dermalen besser zu verwerthen, und wichtiger, als die Titelfolge zu lernen, ist es, die lapidaren Züge einer herrlich durchgebildeten Terminologie sich einzuprägen. In jeder durchgebildeten Terminologie findet man einerseits eine gewisse Constanz und Exclusivität der Ausdrücke für typische Erscheinungen des Lebens, anderseits eine Wiederkehr bestimmter Ausdrücke für verschiedene Erscheinungen: jenes scheidet, dieses verknüpft. Das Register will nach beiden Seiten hin Dienste leisten.

Leipzig, im Juli 1869.

---

## Vorwort zur zweiten Auflage.

Die „Excurse“ haben in der neuen Auflage erheblichere Umänderungen und Vermehrungen erfahren, als der „Cursus“; sie sind zu einem großen Theil neu ausgearbeitet. Dies gilt namentlich von einer Anzahl Excurse im rechtsgeschichtlichen Theil; aber auch im dogmatischen Theil sind Excurse neu hinzugekommen. Die wichtigeren, auf welche ich namentlich des Lesers Blick lenken möchte, habe ich in der Inhaltsübersicht (durch gesperrte Lettern) ausgezeichnet.

Unter den staatsrechtlichen Gebilden Rom's habe ich besonders dem alten *Regnum* und dem Principat Aufmerksamkeit gewidmet, angeregt und belehrt durch die neueren Untersuchungen Anderer darüber; meine Abweichungen von der Ansicht bewährter und berühmter Forscher hoffe ich wenigstens soweit motivirt zu haben, daß sie des weiteren Nachdenkens würdig erscheinen. Die Zeit des heidnischen Kaiserthums fesselt dermalen ganz besonders das Auge der Culturhistoriker, Staatslehrer und Staatsmänner, weil eine auffallende Congenialität jener und unsrer Zeit bemerkt und betont wird. Ich habe mich dadurch veranlaßt gefunden, den Configurationen im *jus publicum* und *privatum* dieser Zeit, die mit besonderen Schwierigkeiten verknüpft sind, nachzugehen. Der castrensische Filialstaat des Augustus mit allen seinen Provinzen und Consequenzen ist ein *jus extraordinarium;* ihm zur Seite geht ein *jus extraordinarium* im Privatrecht, wie denn auch die

Unterscheidung eines *jus civile* und *honorarium* im Staats- und Privatrecht gleicher Weise hervortritt. Das *jus civile*, *honorarium* und *extraordinarium* sind drei große Schichten der Rechtsschöpfungen Rom's, jeder dieser Schichten eignet ein besonderer Styl, und macht sich im Staatsrecht, wie im Privatrecht geltend. Indem ich den Rudorff'schen Gedanken vom *jus extraordinarium* als einer dritten Rechtsschicht weiterbildete, denke ich unsere Einsicht in den juristischen Styl Rom's historisch und dogmatisch zugleich gefördert und dem im „Cursus" ausgeführten Dualismus des *jus privatorum* und *jus militum* eine breitere Grundlage gesichert zu haben. Ich verweise in dieser Beziehung namentlich auf S. 312 ff. 374 ff. 400—410. In mehreren Excursen habe ich einzelne Institute des *jus extraordinarium* ausführlicher dargestellt, als Beispiele dieser neuen Stylart des röm. Rechts, in welcher der beginnende Bruch mit der Antike sich ankündigt. Solche Beispiele sind auf S. 432 ff. (*debita libertas*), S. 630 ff. (Transmission), S. 665 ff. (*castrense peculium*) zu finden.

Ich bemerke endlich, daß meine Ausführung über den „Zweck im Recht" gleich am Anfang der Excurse ausführlicher ausgefallen, doch aber nicht in ihrer Tendenz geändert worden seyn würde, wenn bereits zur Zeit des Drucks dieses Bogens Ihering's neueste Schrift erschienen gewesen wäre.

Leipzig, im Oktober 1879.

Dr. J. E. Kuntze.

## Berichtigungen und Zusätze.

S. 38 Z. 1 v. u. streiche von.
,, 57 ,, 28 v. o. lies: dass die.
,, 72 ,, 4 v. u. „ in privatrechtlichem.
,, 155 ,, 2 v. o. ist hinzuzufügen: oder von *pompa*, wie Ihne meint (vielleicht hangen *pons* = Pfad und *pompa* = Gang, Zug, zusammen).
,, 208 ,, 1 v. u. lies: 2) Vergl.
,, 277 ,, 1 ,, ,, ,, 6) *non*.
,, 287 sub G ist hinzuzufügen: Der Uebertragungsakt ist vielfach bezeugt. *Marcus post excessum D. Pii, a Senatu coactus regimen publicum capere, sibi participem in imperio designavit, quem L. Aurelium Verum Commodum appellavit Caesaremque atque Augustum dixit Capitol. M. Antonin.* 7 (*jct. Verus* 3. 4.). — *Senatusconsulto Imperator est appellatus et tribuniciam potestatem, jus proconsulare emeruit. Spartian. Did. Julian.* 3. — *Petiit, ut fieret Senatusconsultum de participatione imperii* (*cum Severo*), *quod statim factum est. Spartian. Did. Julian.* 6 (*jct. Sept. Sev.* 5.). — *Actum est denique, ut Juliano Senatus auctoritate abrogaretur imperium, et abrogatum est appellatusque statim Severus Imperator. Spartian. Did. Julian.* 8. — *Severus Alexander: Gratias vobis P. C. non nunc primum, sed et de Caesareo nomine et de vita servata et Augusti nomine addito et de pontificatu maximo et de tribunicia potestate et proconsulari imperio, quae omnia novo exemplo uno die in me contulistis. Et quum diceret* (*Alexander in Senatu*), *acclamatum. Lamprid. Alex. Sev.* 8. — *Maximinus primus ex corpore militari sine Senatus auctoritate ab exercitu Imperator electus est. Euseb. Chron. int. Hieron.* (Aehnlich *Isidor. Chron.*). — *Tacitus Augustus Probo: Me quidem Senatus principem fecit de prudentis exercitus voluntate. Vopisc. Probus* 7. — *Decernitur Othoni tribunicia potestas et nomen Augusti et omnes Principum honores. Tac. hist.* 1, 47. — *Romae Senatus cuncta Principibus solita Vespasiano tribuit. Ib.* 4, 3. —
S. 374 lies II (statt III).
,, 385 „ III (statt IV).
,, 400 „ III (statt II).
,, 616 Z. 3 v. u. lies: 6) *Pap. fr.* 50.
,, 625 ,, 27 v. o. ,, *Persicianum*.

# Inhaltsübersicht.

## Einleitung.

## ERSTER THEIL.

### Die Geschichte des röm. Rechts- und Staatswesens bis zur Höhe der röm. Jurisprudenz.

#### Rom's Vor- und Urgeschichte.



#### Erste Periode: Die latinische Zeit (640—450).



#### Zweite Periode: Die italische Zeit (450—250).

# ZWEITER THEIL.

## Das System des röm. Privatrechts zur Zeit der classischen Jurisprudenz.

## I. BUCH.

### Die allgemeinen Lehren.

## II. BUCH.

### Das Sachenrecht.

## III. BUCH.

### Das Obligationenrecht.

## IV. BUCH.

### Die Vermögensgewalt.



## V. BUCH.

### Das Erbrecht.

## VI. BUCH.

### Das jus militare.



# DRITTER THEIL.

## Entwickelung und Verfall des röm. Rechts- und Staatswesens nach der Zeit der classischen Jurisprudenz.

### Die postdiocletianische Zeit.

# Allgemeine Einleitung

in die

# Rechtswissenschaft.

---

## Erster Abschnitt.

## Wesen und Wissenschaft des Rechts im Allgemeinen.

---

### I. Kapitel.

### Die Idee des Rechts.

(Zu § 1—5.)

#### I.

#### Gedanken über die Grundlagen der Rechtsidee (Geist, Person, Energie, Recht, Zweckmoment im Recht, naturhistorische Methode).

Durch den Zusammenhang alles Seyns ist auch der Zusammenhang alles Denkens gegeben: darum wurzelt die Rechtswissenschaft in der Philosophie, und die Grundlagen der Jurisprudenz ruhen auf den Grundlagen der Philosophie; die Rechtsphilosophie ist das Bindemittel beider. Schon die römischen Juristen haben dies erkannt und anerkannt, indem sie zu den Aufgaben der Jurisprudenz die Erkenntniß der göttlichen und menschlichen Dinge überhaupt und vor Allem rechneten,[1] und auch heute fühlt jeder tiefer denkende Jurist sich gedrängt, nach dem Urgrund und Ursprung alles Seyns und Lebens zu fragen, um von da aus zu dem Begriff des Rechts, als einer Seite dieses Lebens, zu gelangen.

Versuchen wir es, uns mit voller Freiheit in den Anfang aller Dinge zu versetzen, so gilt es, uns über jegliche sinnliche Wahrnehmung des Einzelnen hinaus zu erheben; wir haben von demselben absehend einen abstrakten Standpunkt einzunehmen. Von diesem Standpunkt aus ergeben sich folgende Sätze: 1) Jede Schranke will besonders erklärt seyn, denn es versteht sich **nicht von selbst**, daß ein Seiendes da oder dort **aufhört**, zu seyn. Darum ist das Etwas, welches den Anfang der Dinge in sich schließt, — nennen wir es das Urwesen — nur als **unendliches Wesen** zu denken. 2) Sinnlichkeit ist Schranke, weil sie innerhalb des Raumes sich darstellt: darum ist das Urwesen schlechthin nur als **reiner Geist** zu denken. 3) Ein unendliches Wesen hat keine Grenzen: darum kann auch nichts, was schlechthin jenseits, außerhalb des Urwesens bestände, gedacht werden; woraus weiter folgt, *a*) daß es nichts außerhalb des Urwesens geben kann, wodurch dieses gesetzt und bestimmt würde, und *b*) daß Alles, was sonst noch ist, nur innerhalb die-

---

1) *Ulpian: Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia etc.* (*fr.* 10 *de J. et J.* 1, 1).

ses Urwesens und abhängig von ihm bestehen, d. h. ein von ihm abgeleitetes Daseyn haben kann.

Das Urwesen ist Gott, der Mensch ein von ihm erschaffenes Wesen: Gott das Urbild, der Mensch sein Ebenbild. Keinen Geist können wir uns in absoluter Ruhe denken, denn Leben ist Bewegung, und diese muß hier Selbstbewegung seyn. Den in Selbstbewegung begriffenen Geist nennen wir Person, und wir unterscheiden eine doppelte Bewegung innerhalb der Person, je nachdem dieselbe sich von sich selbst aus und auf sich selbst zurückbewegt, also sich selbst unablässig als Ausgangs- und als Zielpunkt setzt. Dies gilt von der göttlichen, wie von der menschlichen Persönlichkeit.

Indem die Person von sich ausgeht und alles aus sich entnimmt, ist sie sich selbst Grund, und indem sie auf sich zurückgeht und alles auf sich bezieht, ist sie sich selbst Zweck. Unter dem erstern Gesichtspunkt nennen wir sie ein freies Wesen, unter dem zweiten aber ein selbstbewußtes Wesen. Freiheit ist die Kraft der Person, vermöge deren sie ihr Selbst als Grund ihrer Thätigkeit setzt, und Selbstbewußtseyn diejenige, vermöge deren sie ihr Selbst als Zweck ihrer Thätigkeit setzt. Person ist also der in causaler und finaler Selbstbewegung lebendige, oder der als Selbstgrund und Selbstzweck thätige Geist.

Wie Freiheit und Selbstbewußtseyn hiernach die beiden Pole der Persönlichkeit bilden, so setzt sich das Wesen jedes Dinges aus seinem Grund und Zweck zusammen, und unser Denken muß, um vollständig zu seyn, beides, Grund und Zweck, erfassen und zusammenfassen. Unsere Denkkraft *heißt* Vernunft, sofern sie auf den Grund —, Verstand, sofern sie auf den Zweck der Dinge geht. Das eine ohne das andere an den Dingen aufzusuchen, ist eine Einseitigkeit, welche freilich oft genug in der Geschichte der Wissenschaften aufgetreten ist und zu vielen Irrthümern geführt hat; aber die eine Einseitigkeit ist oft die relativ berechtigte Reaction wider die andere.

Die Richtung des wissenschaftlichen Denkens auf den Grund der Dinge pflegt mit Tiefe und Gründlichkeit verbunden zu seyn, läuft aber Gefahr, dem einseitigen Idealismus zu verfallen; wo das Denken dem Zweck der Dinge zugekehrt ist, pflegt die Außenseite und Nützlichkeit betont zu werden, und die Gefahr des einseitigen Naturalismus liegt nahe. Dieser Gegensatz ward von den römischen Juristen mit *subtilitas* und *utilitas* ausgedrückt, und war das innerste Kriterium, an welchem sich die Schulen der Proculianer und Sabinianer schieden, denn jenen war der Grund —, diesen aber der Zweck der Rechtsinstitute die Hauptsache, und jene waren mehr zu spiritualistischem Idealismus, diese mehr zu materialistischem Naturalismus geneigt. In den Koryphäen des 2. und 3. Jahrhunderts n. Chr. kamen dann beide Richtungen ins Gleichgewicht, aber in der nachclassischen Zeit triumphirte (dem Geist der Zeit gemäß) der Materialismus, und das Ansehn der Sabinianer war wieder im Steigen, was durch den nachträglichen Einfluß des Gaius schlagend bewiesen wird.

In unserer heutigen Jurisprudenz haben wir zu constatiren, daß der ehedem vorherrschende Idealismus, welcher sich in der Philosophie vorzüglich Fichte's, dann auch noch Hegel's und bei ihren juristischen Nachfolgern, vor Allen bei Puchta, zeigt, neuerdings einer mehr naturalistischen, hier und da selbst materialistischen Betrachtungsweise Platz machen zu sollen scheint. Dieselbe knüpft am liebsten an Krause an; unter den Juristen tritt sie am gröbsten bei Dankwardt, am feinsten bei Ihering auf, und es darf hier nicht unerwähnt bleiben, daß in dem Letzteren sich eine geistige Schwenkung

vollzogen hat von dem einen Heerlager hinweg in die Nähe des anderen, denn Ihering bestritt früher[1] ausdrücklich, daß das Zweckmoment den logischen Schlüssel (der Rechtsinstitute) enthalte, und daß man danach definiren dürfe; er bemerkte, daß die römischen Juristen das Zweckmoment nur selten hervorheben (ich nehme die Sabinianer aus), und fügte hinzu: der Zweck eines Instituts sei etwas dem Inhalt Entgegengesetztes, außer ihm Liegendes, das Institut müsse aber nach Momenten, die ihm immanent seien, bestimmt werden, eine Bestimmung der Institute nach Zwecken würde im Allgemeinen unausführbar seyn. Schwer läßt sich mit diesen Sätzen vereinigen, was Ihering späterhin unter Hinweis auf den Vorgang der Krause'schen Philosophie ausführt[2]: der Willens- und Machtbegriff sei für die Definition des Rechts unzulänglich, denn die Rechte seien nicht dazu da, um die Idee des abstrakten Rechtswillens zu verwirklichen, sondern um den Interessen, Bedürfnissen, Zwecken des Verkehrs zu dienen; die Rechte gewährten nichts Unnützes, der Nutzen, nicht der Wille sei die Substanz des Rechts; die Kategorie, in der das ganze Wesen des Rechts im subj. Sinne beschlossen liege, sei der Zweckbegriff; Rechte seien daher ihrem Begriffe nach rechtlich geschützte Interessen, und Subject des Rechts sei der, welchem der Nutzen desselben zugedacht sei, also der Destinatär: kurz, ein Gut bilde den Inhalt eines jeden Rechts, und eine Definition des Rechts, die nicht von dem Begriffe des Guts (im weitern Sinn) ausgeht, sei verfehlt.

In dieser teleologischen Betrachtungsweise liegt, so scheint mir, die Wetterscheide des wissenschaftlichen Standpunkts in jeder Disciplin, auch in der juristischen. Vielleicht werden sich wieder die Heerlager der Jurisprudenz scheiden, wie ehedem die der Proculianer und Sabinianer, und ein solcher Gegensatz die Zukunft unserer Wissenschaft auf lange Zeit bestimmen. Es könnte sich dabei herausstellen, daß die Einen mit Vorliebe in Puchta's idealistischer Richtung, die Anderen in von Savigny's Neigung, das Zweckmoment zu accentuiren, ihren Ausgangspunkt suchen werden.[3]

Jeder wird Stellung zu diesen beiden Richtungen nehmen müssen; mir scheint es dabei auf folgende Punkte hauptsächlich anzukommen.

A. Um das Recht in seinem innersten Wesen zu ergründen, muß auf die Art und Zusammensetzung des menschlichen Geistes zurückgegangen werden; wenn das in rechter Weise geschieht, wird sich zeigen, daß nicht der Nutzen, sondern der Wille die Substanz des Rechts ist, und daß man von diesem Ausgangspunkte aus nicht nothwendig zu einem Kultus des abstrakten Willensformalismus zu gelangen braucht, wie ihn Ihering der Hegel'schen Philosophie zum Vorwurf macht.

Es kommt darauf an, daß dem Willen seine richtige Stellung angewiesen wird in der Lebensregion des persönlichen Geistes. Ich verstehe den Willen als eines der geistigen Grundvermögen, welche die menschliche Persönlichkeit bilden, nenne ihn, um seinen fundamentalen und freiheitlichen Karakter zu betonen, Energie, und betrachte die Energie mit der Phantasie und Intelligenz als die drei Dimensionen, in denen sich das persönliche Leben entfaltet und bethätigt. Wie die Phantasie die Kraft der Imagination und die Intelligenz die Kraft der Speculation ist, so die Energie die Kraft der Action.

---

1) Ihering, Geist d. Röm. R. Bd. II. S. 391. 392. (3. Aufl. S. 364).

2) Ihering ebendas. Thl. III. S. 314. 316—318. Andeutungen s. bereits Thl. I. S. 40. 42. (S. 48. 50. der 3. Aufl.); dazu Ihering in s. Jahrbb. X. (1871.) S. 415. 416.

3) s. Ihering Geist d. R. R. Thl. II. (1. Aufl.), S. 391. Anm. 510. a. E. und Thl. III. (1. Aufl.), S. 310. Anm. 438.

Die dem Wesen des persönlichen Geistes entsprechende *Ordnung* dieser drei Grundvermögen sind Kunst, Wissenschaft und Recht.

Alles Leben der Person ist, wie bemerkt, freie und selbstbewußte Thätigkeit, eine im Selbst gegründete und auf das Selbst abzweckende Thätigkeit; aber wenn wir den Menschen im Auge haben, müssen wir hinzufügen: kein unbedingtes, unbegrenztes und einfaches Thun, d. h. nicht eine auf sein Selbst beschränkte Bewegung, sondern, da der Mensch eine erschaffene und in die creatürliche Welt gesetzte Person ist, wesentlich zugleich Bewegung in *der Welt*. Der Mensch gehört in die Welt, sein Selbst steht in der Welt und im wesentlichen Zusammenhang mit derselben. So hebt denn alles Leben und Thun des Menschen an im engsten Umkreis des eignen Wesens und erweitert sich von da mit der unversieglichen Kraft des persönlichen Expansionstriebes auf die umgebende, mit und zu dem Menschen erschaffene Welt: diese Lebensbeziehung zwischen dem Mikrokosmus des Menschen und dem Makrokosmus des Universums bildet das unser ganzes Dichten, Trachten und Denken beherrschende Lebensgesetz, und wir dürfen daher bei der Wesensbestimmung der geistigen Grundvermögen nie übersehen, daß man es zuerst mit der Welt *in uns*, darnach aber auch mit der Welt *um uns* zu thun hat.

Mittels der *Phantasie* erfaßt der Mensch die Erlebnisse des Selbst und die Lebensformen der Welt in seinem Gemüth, um sie da zu klären, zu ordnen und zu stimmungsvollen Bildern zu gestalten; mittels der *Energie* bemächtigt er sich der Lebensstoffe des Selbst und der Welt, indem er sich gewissermaßen auf sie überträgt und erstreckt, sie unterwirft und benutzt und ihnen den Stempel seiner Persönlichkeit aufprägt. Dort ist mehr receptive That, also Anschauung, Empfindung, Stimmung und Hingebung; hier ist mehr effektive, organisirende That, also Strebung, Handlung, Bestimmung und Herrschaft. In der *Intelligenz* aber scheinen sich beide Bewegungsweisen des menschlichen Geistes zu verbinden, indem derselbe mit der Kraft des Gedankens sich in die Dinge und zugleich die Dinge in sich hineinversetzt, denn alles Denken und Erkennen ist Spiegelung, Speculation; auch das Denken beginnt mit und an dem Selbst und erweitert sich von da auf die Welt und ihren Umkreis.

In diesem Zusammenhange, meine ich, wird der freien Willenskraft oder *Energie*, welche als das Element des *Rechts* gedacht wird, die unendliche Lebensfülle gewahrt, die ihr eignet und dem Recht nicht vorenthalten werden darf. Hier ist ein Wollen und Handeln gemeint, das aus der innersten Wesensart der Persönlichkeit (und Nationalität) stammt und sich auf alle Lebensmomente erstreckt, welche einen Werth für die menschliche Entfaltung und Bethätigung haben.

Je reicher und kraftvoller eine Persönlichkeit angelegt ist, um so mehr ist es ihre Art und ihr Bedürfniß, sich sei es im Gebiete der Phantasie oder der Energie oder der Intelligenz zu entfalten, und sie thut das, ohne zunächst nach einzelnen Zwecken zu fragen. Es ist ihre Freude an der Schönheit oder Thatkraft oder Wahrheit, was sie zum Schaffen treibt, und ihr feinster Genuß ist, daß sie schaffend sich selbst genug thut und ihren geistigen Lebenskreis erweitert. Diese Freude war die vornehmste Arbeiterin in der Werkstätte des hellenischen Kunstgenius, der selbst da künstlerisch zu gestalten sich nicht enthalten konnte, wo die Möglichkeit des Anschauens und Genießens vom Standpunkt der Verkehrstraße gänzlich fehlte, und keine Interessen des praktischen Lebens in Sicht waren. Und ebenso, welcher aufrichtige Denker fragt denn, wo er den Problemen des Seyns und Lebens nachgeht, in allererster

Linie nach den praktischen Zwecken seiner wissenschaftlichen Speculation, und haben nicht die tiefsten Forscher die bedeutendsten Resultate gerade da gewonnen, wo sie rein im idealen Dienste der Wahrheit strebten? Freilich, die fortschreitende Erkenntniß der Dinge wird auch den Interessen des Lebens dienen, und je gesünder die Speculation ist, um so reicher wird regelmäßig auch der Gewinn seyn, den sie direct oder indirect fürs Leben abwirft.

So wenig also in der Kunst oder Wissenschaft die praktischen Zwecke in erster Linie stehen und die eigentliche Substanz bilden: so wenig gilt das auch vom Recht. Nur das ist richtig, daß, gleichwie sich die rechte Kunst oder Wissenschaft nicht in zwecklosen Gebilden oder Gedanken erschöpfen wird, auch den gesunden und lebensvollen Entfaltungen der Rechtsordnung das Zweckmoment nie fehlen kann.

Der Mensch handelt, weil es sein Wesen ist zu handeln, und das Recht ist die Ordnung dieses Handelns. Der Mensch strebt nach Herrschaft und Macht, weil er daraufhin erschaffen und angelegt ist, sich die Erde unterthan und alle Kreatur auf derselben den menschlichen Zwecken dienstbar zu machen; er würde und müßte verkümmern, wenn er diese Expansion unterließe; darum ist es seine Art und seine Freude, so zu streben und zu handeln, und aus diesem Postulat seines persönlichen Wesens, nicht aber aus den einzelnen Zwecken und Interessen, auf welche es dabei mit abgesehen ist, wird sein Handeln zu begreifen und zu würdigen seyn. Diese Freude an der Macht, an der Gebietserweiterung, an den verschiedenen Gebilden menschlicher Organisationskraft, und der Trieb, die Objekte des Willens und der Krafterweisung immer und immer zu vermehren, ist vor Allen die Art der Römer gewesen, in denen Energie und Recht verkörpert waren und die Machtfrage über der Interessenfrage stand, so lange sie noch nicht altersschwach und im Abfall von sich selbst waren.

Mit dieser Auffassung wird es erklärlich, daß die Zwecke des einzelnen Rechtsinstituts wechseln können, ohne daß dieses in seinem Wesensgrunde verändert wird; so ist z. B. die *adstipulatio* immer dasselbe Rechtsinstitut geblieben, sie mochte Surrogat der Proceßstellvertretung seyn oder anderen Verkehrszwecken dienen. Die Grundidee der *obligatio* (bei den Römern) hängt nicht mit der Zweck- sondern Machtfrage zusammen[1]. Das civilistische Wesen der Correalobligation wird man nie ergründen, wenn man nur nach ihrer praktischen Verwendbarkeit und Function fragt. Behält man nur den praktischen Zweck der Civilklage, die auf Schuldigsprechung (*condemnatio*) des Gegners geht, im Auge, so wird man das innerste Wesen des Civilprocesses nie verstehen, der wesentlich ein Kampf von Rechtsbehauptungen ist und vom Kläger begonnen wird, weil er sich im Recht behaupten und dies durch die richterliche Entscheidung (*sententia*) und Spruchverkündigung (*pronuntiatio*) bestätigt wissen will. Man kann den Versuch machen, sämmtliche Verkehrszwecke eines Rechtsinstituts zusammenzustellen, und doch vor dessen juristischer Substanz noch wie vor einem Räthsel stehen; ja, es wird überhaupt oft schwer seyn, alle Zwecke aufzuzählen, und doch muß der Begriff festgestellt und der dogmatische Gehalt ergründet und umgrenzt werden.

Ich denke auch nicht, daß man gegen den Willen als Ausgangspunkt und principale Substanz der Rechtsidee den Unmündigen und den Wahnsinnigen ins Feld führen darf[2], denn es ist klar, daß im Kinde eine werdende, reifende, allmählich sich vollendende Willenskraft vorhanden und anzuerken-

1) s. Hartmann, D. Obligation (1875) S. 29. 44.
2) s. Ihering, Geist III. S. 310. a. 438. und S. 312. a. 440.

nen ist, auch daß keinem Wahnsinnigen menschliche Art und Willenskraft absolut und völlig abgesprochen und die Anerkennung eines Restes von Persönlichkeit versagt werden kann; in beiden Fällen ist die Energie vorhanden, dort ist ihr Keim nur noch nicht entfaltet, hier die Wurzel nur unterdrückt und schlummernd; dort die Entfaltung in Aussicht und hier ein Erwachen möglich.[1]

Wer also den Zirkel des Definirens im Zweckmoment einsetzt und die Rechte nur als „(rechtlich geschützte) Interessen" faßt, der verkümmert oder durchschneidet dem Recht seine innersten Lebensfasern. Die Rechte müssen zuallererst und principiell als Ausflüsse und Aeußerungen der persönlichen Energie verstanden, und folglich von der Persönlichkeit aus construirt werden. Auch die juristischen Personen, an denen Ihering sich mit besonderem Anlauf von seinem Standpunkt aus versucht hat, machen davon keine Ausnahme; denn verstehen wir das Lebensproblem recht, welches in ihnen vorliegt, so sind es bei Corporationen die social-historisch in einander verwachsenen, zusammengewirkten und -wirkenden Energien der Mitglieder, welche eine lebendige Einheit bilden, den realen Gesammtwillen zu Stande bringen und so als Gesammtwille das Subjekt der Korporationsrechte formiren; und bei Stiftungen ist es der in der Person des Stifters geborene und durch ihn schöpferisch verselbständigte Wille, welcher kraft seines persönlichen Ursprungs und mit einem Vermögen zur permanenten Einheit verbunden nun selbst die reale Rolle einer Person überkommt. So wirds im Leben angeschaut, und die Theorie hat keinen Grund, andere Bahnen zu suchen, oder von (formalistischen) Fictionen zu reden, wo das Leben selbst die realen Kräfte zeugt, aus denen die fragliche Erscheinung erwächst. Aber Ihering (und mit ihm manch' Anderer jetzt) thut dies, indem er schlechtweg die Destinatäre für die Subjekte erklärt, d. h. die einzelnen Mitglieder in der Korporation und die Beneficiaten bei der Stiftung.[2] Ist nicht die Besorgniß gerechtfertigt, daß auf diesem Wege unausbleiblich die ganze Erscheinung in einzelne mehr oder weniger zufällige Momente aufgelöst, an die Stelle eines festen Princips ein loses Flick- und Stückwerk gesetzt und consequenter Weise schließlich das Subjekt überhaupt für ein überflüssiges Moment an den Rechtsverhältnissen erklärt wird? In der That, wir erleben es bereits, daß mit subjektlosen Rechten ein Spiel getrieben wird, welches freilich über manche Schwierigkeiten der Construction hinweghilft, aber auch dem System der Rechtsverhältnisse alle Straffheit und Commensurabilität entzieht. Wie viele Riesenschatten bereits die Theorie der subjectlosen Rechte über den Bau des römischen Privatrechts geworfen hat und immer von Neuem ausstreut, ist bekannt genug; es reizt zum Nachdenken über die Richtung des neuen Sabinianerthums in unserer civilistischen Dogmatik.[3]

B. Dagegen treffe ich mit Ihering in einem Stück seiner Bekämpfung des Formalismus zusammen, wenn er vor einer Ueberschätzung der logischen Seite des Rechts warnt und die Gestaltung des Rechtsstoffs im Sinne der s. g.

1) Dies ist auch römische Auffassung; zwar sagt Pomponius: *furiosi nulla voluntas est* (*fr.* 40. *de R. J.*) und Ulpian stellt in der Schuldfrage den Wahnsinnigen mit dem Thier auf gleiche Linie (*fr.* 5. § 2. *ad leg. Aquil.* 9, 2); aber derselbe Jurist spricht ausdrücklich aus, *voluntatis reliquias in furiosis manere* (*fr.* 8. *de his qui sui* 1, 6), und Julian vergleicht den Wahnsinnigen mit einem *absens vel quiescens* (*fr.* 2. § 3. *de jure codic.* 29, 7). Nicht entgegen sind Stellen, in denen dem Kind *intellectus* (*fr.* 14. *de sponsal.* 23, 1), dem Wahnsinnigen *sensus* (*fr.* 23. § 7. *sol. matr.* 24, 3) abgesprochen wird.

2) Ihering Geist Thl. III. 1. S. 331—4.

3) Dazu meine Ausführungen in der Münchner krit. Ueberschau II. (1855) S. 195 und in Schletter's Jahrbb. V. (1859) S. 206—9.

**naturhistorischen Methode** empfiehlt.[1] Diese hat den doppelten Vorzug, daß sie vielen Phänomenen und Proportionen in der Rechtswelt gerecht wird, die sich nimmermehr in **logische** Momente zerlegen lassen, und daß sie überhaupt ein didaktisches Erleichterungsmittel gewährt, in unserer allenthalben auf Anschauung hindrängenden Zeit um so wichtiger, je feiner und tiefer auch im Rechtsgebiet alle Probleme erfaßt werden. Ich selbst habe mich darüber schon früher in diesem Sinne ausführlich ausgesprochen.[2]

Ueber den erstgenannten Vorzug der naturhistorischen Methode bemerke ich Folgendes. Die Jurisprudenz hat sich bisher zerplagt mit logischer Demonstrirung der juristischen Typen und Phänomene, aber was Eigenthum oder Miteigenthum oder Servitut oder Bedingung oder Retrotraktivkraft sei, hat noch Niemand so gesagt, daß Andere auch nur leidlich befriedigt wurden. Eine Servitut construiren ist ebenso schwierig, wie die menschliche Gestalt construiren; Bedingung und Retrotraktivkraft demonstriren ist ebenso schwierig, wie den Schlafzustand der Pflanzen, Thiere und Menschen demonstriren. Wir sind da zunächst auf Anschauung, Intuition angewiesen, die uns die Gestalt in ihrer realen Einheit und Fülle vorführt, den Zustand uns in seiner ganzen Lebenseigenthümlichkeit auf Ein Mal veranschaulicht, ohne uns zu überreden, daß wir damit auch in den verstandesmäßigen Besitz aller Wesensmomente gekommen seien. Es gibt im Leben so viele irrationale Qualitäten, Proportionen und Processe, daß bei aller Schärfe des Denkens und Rechnens doch immer ein bedeutender Rest incommensurabler Factoren zurückbleibt, welcher die reale Gestalt bilden, den realen Zustand sich vollziehen hilft. So lange wir das Mysterium der Vitalität nicht ergründet haben, wird daher immer die Intuition der Demonstration zu Hilfe kommen müssen, und wird es unwahr und unwissenschaftlich seyn, zu meinen und sich zu stellen, als ob man mit dieser Alles zu leisten und ohne jene auszukommen vermöge.[3] Diesen Schein, mit welchem man sich bislang täuschte, zu zerstören, soll die naturhistorische Ermunterung unserer Wissenschaft dienen. Wir befinden uns am Anfang dieses Versuchs und dürfen uns daher nicht wundern, daß dabei viel Ungeschick und Mißverstand zu Tage tritt; die Methode muß erstarken und sich läutern, und aus dem Spiel noch mehr Ernst werden. Eine Läuterung würde ich es beispielsweise nennen, wenn **Ihering** sich entschlösse, seine „Rechtskörper“ nicht in der juristischen Begriffswelt, sondern in den Vorgängen des wirklichen Rechtslebens zu suchen, nicht das abstrakte Rechtsinstitut (Eigenthum, Servitut u. s. w.), sondern das concrete Rechtsverhältniß (mein Eigenthum des Pferdes, meine Wegeservitut) einen „Organismus“ zu nennen, und überhaupt nicht Gedachtes und Erlebtes zu verwechseln. Nicht die Rechtsinstitute und Rechtsbegriffe, sondern die einzelnen entstehenden und vergehenden Rechtsverhältnisse, aus denen der Rechtsverkehr sich zusammensetzt, sind die die Rechtswelt erfüllenden und belebenden „Kreaturen des Rechts“, welche eine Gestalt haben und Metamorphosen erleiden und insofern mit den Gestalten und Erscheinungen des Naturlebens vergleichbar sind.[4]

---

1) **Ihering**, Geist Thl. II. (3. Aufl.). 1. S. 362. Anm. 506. und S. 358. 370. Ueber die naturhistorische Richtung vergl. auch **Brinz** krit. Blätter, No. 3 (1853) S. 1. 2. **Ihering** in s. und Gerber's Jahrbb. I. (1857) S. 10. **Kuntze**, D. Wendepunkt d. Rechtswissenschaft (1856) S. 50. 96 fg.

2) **Kuntze** a. a. O., S. 65. 69. 94.

3) v. **Bethmann-Hollweg**, D. Röm. Civilprocess, Bd. II. (1865) S. 84. rühmt an der classischen Jurisprudenz die klare Intuition, den sicheren Besitz der Rechtsbegriffe und ihre consequente Entwickelung, und bemerkt dazu, dass **Leibnitz** nach dem Stande der romanistischen Jurisprudenz seiner Zeit mehr das Zweite, die mathematischen Schlussfolgerungen, als das Erste, die klare Intuition der Begriffe, hervorhebe.

4) Vergl. **Brinz** (über Ihering) in d. krit. Vierteljahrschrift II. (1860) S. 27. 35. **Kuntze**, D. Wendepunkt d. Rechtswiss. S. 59. und in Schletter's Jahrbb. V. S. 208.

So wird die Natur in freier Weise für die Lehre des Rechts benutzt, und sie kann so benutzt werden, denn sie ist auf den Menschen, auf den menschlichen Geist hin erschaffen und bietet für alle Phänomene des Geisteslebens sinnliche Analogien. Auf diese Parallele hat der Mensch, dem überhaupt von Gottes Gnaden die Herrschaft über die ihn umgebende Natur zusteht, ein um so zweifelloseres Recht, als sie, die Parallele, in seiner eigenen Natur und creatürlichen Art begründet ist. Die unfreie Welt oder die Natur schlechthin ist das Reich der Sinnlichkeit, die freien selbstbewußten Wesen als solche sind übersinnlicher Art: in der Sinnlichkeit markirt sich die Grenze der selbstbewußten Freiheit. Der Mensch aber steht *auf* dieser Grenze: er gehört sowohl dem Reiche der Sinnlichkeit, als auch dem der Uebersinnlichkeit an.

So dürfen wir denn (versteht sich) in aller Bescheidenheit und Vorsicht die Natur als Bild des geistigen, bezieh. des juristischen Kosmos behandeln. Durch die Imagination, welche auf diesem Wege angeregt wird, kann freilich die nüchterne und mühsame Arbeit des Denkens nicht erspart und überflüssig, aber doch recht oft und zweckmäßig erleichtert werden; jene soll den Gedanken nicht ersetzen und verdrängen, sondern ihn beflügeln, ihm beistehn, dienen und Eingang verschaffen. Bildliche Unterstützung des Unterrichts gilt heutzutage als eine Cardinalmaxime der gebildeten Lehrmethode: diese soll lebendig, anschaulich, und Alles illustrirt werden, was gelehrt wird. Darf die Rechtslehre diesen Vortheil vornehm verschmähen? Wir wollen ja diese Bildlichkeit nicht als Grundlage, sondern nur als Hilfsmittel der juristischen Methodik, und dieselbe in den frischen Wellen einer didactischen Symbolik nicht zerfließen lassen, sondern nur baden und erfrischen. Es thut unsrer dürren Wissenschaft diese Erfrischung wahrlich Noth; gefährlich würde sie nur dann seyn, wenn man die Natur zur Argumentation, statt zur bloßen Illustration des Geistes verwerthen wollte!

Das Rechtsleben ist eine geistige Welt, aber mit nichten ein bloß gedachtes Reich, wie das der Zahlen, Kategorien, Figuren und Begriffe. Wir haben es dort mit Phänomenen und Processen zu thun, welche zwar übersinnlich, aber wirklich (objectiv) sind: *Realitäten erfüllen die Welt des Rechts.* Die Genossenschaftskreise, die Körperschaften, die Personen und die einzelnen Rechtsverhältnisse derselben, also die Eigenthumsverhältnisse, Servituten, Hypotheken, einfachen und Correalobligationen, Erbfolgen und Vermächtnisse, aus denen das concrete Rechtsleben sich zusammensetzt, sind reelle Geschöpfe und lebendige Vorgänge: als solche müssen sie vor die Seele des Betrachters treten. Demgemäß soll die Methode der naturgeschichtlichen Verbildlichung dem Lernenden den Eindruck geben, daß er es nicht mit einem Schein, sondern Seyn, mit wirklichen Existenzen, Größen und Kräften, mit übersinnlichen und doch greif- und begreifbaren Realitäten zu thun bekommt, wenn er von Rechten, ihrem Entstehen und Untergehen hört und lernen soll, alles dieses zu analysiren und construiren, zu demonstriren und classificiren.

## II.

## Fehler in der Fassung der Rechtsidee.

Zu § 4] A. Ich halte dafür, daß durch folgende Ansichten falsche Elemente in die Definition der Rechtsidee gebracht werden: 1) Man hat behauptet, das Recht sei an sich eine *Schranke* der Willensfreiheit (Kant!). Das Grundprincip des Rechts muß aber ein positives seyn, wie jedes Grundprincip; wir finden auch, daß ein beträchtlicher Theil der elementaren Rechtssätze

nicht beschränkend, sondern gewährend ist (z. B. in den XII Tafeln: *uti legassit, ita jus esto! proximus agnatus familiam habeto! assiduo vindex assiduus esto! manus injectio esto! filius a patre liber esto! etc.*). Nur dies ist richtig, daß für den egoistischen Willen (welcher weiter geht als der Ich-Wille) das Recht als eine Schranke erscheint, und im geschichtlich-thatsächlichen Rechtsleben diese Seite häufig am grellsten hervortritt. — In einem gewissen Zusammenhange mit jenem Fehler steht der andere (Herbart!), daß der Conflict des menschlichen Geistes als dogmatischer Ausgangspunkt der Rechtsordnung zu behandeln sei. Ich halte es für unstatthaft, den Streit absolut früher als den Frieden, die Willkür vor die Ordnung anzusetzen. Das Recht ist aus der Freiheit, nicht aus dem Frevel abzuleiten. Wie soll ohne den Untergrund der Ordnung der Vertrag auf der wogenden Fläche des Streits das Recht erbauen?

2) Man hat behauptet, das Recht beziehe sich schlechthin nur auf die sociale Stellung des Menschen, sei nur für das menschliche Gemeinwesen bestimmt und wurzele lediglich in der Willensübereinstimmung einer genossenschaftlichen Mehrheit (Krause, Ahrens, v. Scheurl u. s. w.). Ist nun aber wirklich das Recht im Wesen des Menschen schlechthin gegründet, so kann es in seinem innersten Kern nicht durch die Voraussetzung einer communalen Pluralität bedingt seyn. Das Pluralitätsmoment kann daher nur ein geschichtlich hinzukommendes Moment seyn, und gehört zur Rechtsidee nur insofern, als der Mensch nicht bloß Einzelwesen, sondern auch und zugleich Gemeinwesen ist. Demzufolge ist das Recht als eine Ordnung des menschlichen Handelns und Herrschens sowohl ohne, als mit Rücksicht auf die gesellschaftliche Coexistenz aufzufassen, und in dieser Zwiefachheit ist es auch von den Römern aufgefaßt worden, wie das ***honeste vive*** neben dem *neminem laede*, und wie die Grundidee des Röm. Privatrechts vor Allem zeigt (*actio in rem!*): im eigentlichen Privatrecht bildet die sociale Coexistenz immer nur ein secundäres Moment; anders freilich im *jus publicum.*

Mit jener hier bekämpften Auffassung scheint mir auch die verwirrende Theorie zusammenzuhängen, wonach überall als eigentliches Rechtsobject der (gebundene) Wille der Menschen gelte.[1]

3) Man hat behauptet, das Recht sei die erzwingbare Ordnung des Zusammenlebens (Thomasius, Wolf!). Allein zwar strebt der Rechtstrieb nach Erzwingbarkeit der Normen, bringt es aber nicht überall dazu. Wir geben zu, daß an der Ausbildung von Zwangsmaßregeln meistens die Kraft des Rechtstriebes und die Reife der Rechtsüberzeugung wahrgenommen werden kann, aber immer bildet der Zwang nicht das Kriterium, sondern nur ein Symptom des Rechts. Viele Sätze des Privat- und Staatsrechts entbehren des geordneten Zwangs z. B. *a*) *minima non curat Praetor,* d. h. die Gerichte sollen nicht mit Ansprüchen geringfügigsten Inhalts behelligt, Verträge nicht wegen unerheblicher Interessen angefochten werden; *b*) *Princeps legibus solutus est,* d. h. nach staatsrechtlichen Begriffen des monarchischen Systems unterliegt der Regent nicht den normalen Zwangsmitteln des Staats; *c*) Sätze des Völkerrechts entbehren des normalen Staatsschutzes; *d*) Obligationen und Familienrechte sind nur indirekt und unvollkommen erzwingbar.[2]

B. Mit allen drei hier bekämpften Fehlern in ziemlich gleicher Weise scheint mir ein anderer sehr gewöhnlicher Fehler der Rechtsanschauung verflochten zu seyn: diejenige Ansicht, nach welcher das Recht schlechthin nur

1) Vergl. Hartmann, Die Obligation S. 160. — 2) Vergl. Curs. § 11.

als äußere Macht und Vorschrift gedacht und ihm folglich der Karakter der Immanenz versagt wird. Ich betrachte dagegen das transscendente Moment nur als ein geschichtlich hinzukommendes, d. h. die persönliche Energie trägt eigentlich ihre Ordnung, das Recht, in sich; der nicht entartete Mensch handelt ohne Entzweiung mit der Rechtsordnung, er handelt loyal, ohne an ein Andershandeln zu denken; nur wo der Egoismus sich in die Energie mischt, geht das Handeln des Menschen und die Ordnung des Handelns als Zweierlei auseinander, und nun ist die Möglichkeit des Conflikts gegeben. Ohne den Ausgangspunkt der Immanenz würde 1) das Wesen des Gewohnheitsrechts unerklärt bleiben, d. h. es ließe sich nicht erklären, wie Gewohnheitsrecht überhaupt zu Stande kommt, denn dasselbe entsteht ohne äußere Unterscheidung von Handeln und Rechtsordnung, diese tritt hier lediglich in und an den Handlungen, als eine denselben immanente Richtschnur, hervor: sobald sich im Volke das Bewußtseyn ausbildet, daß auch eine andere Richtschnur oder ein anderes Handeln denkbar sei, pflegt es mit der Lebenskraft und Nachdrücklichkeit des Gewohnheitsrechts zu Ende zu gehen.

2) Der Begriff der Gerechtigkeit (*justitia*) würde nur in einem niedrigen Sinne aufgefaßt werden können, so daß er das Streben äußerlichen Einklangs des Handelns mit den Rechtsvorschriften ausdrückte; aber schon die römischen Juristen greifen tiefer und definiren innerlicher, indem sie die *justitia* eine *constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* nennen, d. h. ein karaktervolles und auf das Recht selbst (nicht die bloße Vorschrift des Rechts) gerichtetes Wollen.

3) Endlich würde es an einem Indifferenzpunkt fehlen, in welchem die beiden Seiten des Rechtsbegriffs, das Recht im objectiven Sinne (*norma agendi*) und das Recht im subjectiven Sinne (*facultas agendi*) zusammengeschlossen sind: daß wir beides als Recht bezeichnen, hat nur dann volles Recht, wenn beides im letzten Grunde Eins ist, und dies finden wir durchaus nur dann, wenn die Richtschnur des Handelns in der Art der handelnden Person selbst liegt, und die Norm nicht als (an sich) abgelöste, abstrakte, äußere Vorschrift, sondern als innere, immanente Ordnung gedacht wird. — Auch die Idee des Staats spricht nicht gegen diese Annahme, denn nicht ist das Recht an und für sich ein Staatsprodukt, vielmehr der Staat ein Rechtsprodukt[1], und es ist falsch zu sagen, Recht werde nur durch Staatsanerkennung Recht. Die Existenz des Gewohnheitsrechts beweist dies. Recht entsteht und erwächst mit und in dem Wollen und Handeln der Betheiligten (Personen, Kreise). Nur das ist richtig, daß der Staat den oder jenen Bethätigungen der Energie seine Anerkennung versagen, entziehen kann. Recht wird nicht erst Recht durch staatliche Anerkennung, sondern es hört auf Recht zu seyn durch Versagung der Anerkennung. Demgemäß wurzelt die Rechtspersönlichkeit und Freiheit des Menschen nicht in positiven Rechtssätzen, sondern ist mit der persönlichen Energie selbst gesetzt, obwohl sie durch Satzung (*jus gentium*) versagt werden kann: dies der richtige und tiefere Sinn der mehrfach angefochtenen Definition Florentin's: *libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur*[2]. Demgemäß braucht man sich für den Satz: *res nullius primo occupanti cedit,* nicht auf irgendwelche Gesetzgebung zu berufen, sondern das Recht auf *res nullius* liegt in der menschlichen Persönlichkeit, und das positive Recht kommt nur insofern in Frage, als es möglicher Weise jenen Naturrechtssatz innerhalb der bestimmten Staatsgemeinschaft

1) Vergl. Schilling, Lehrb. f. Institutionen. Bd. I. S. 24. Zus. 2.
2) *fr. 4. de statu hominum* (1, 5).

vielleicht irgendwie beschränkt. Demgemäß beruht auch das s. g. Recht der Nothwehr nicht auf staatlicher Anerkennung, sondern es besteht außerhalb jeglichen Staatswesens, wie wiederum von den römischen Juristen deutlich genug gesagt ist: *vim vi repellere licet; idque jus natura comparatur.*[1] Dasselbe gilt vom *jus conubii* und *commercii,* welches der Staat nicht erst schafft, aber freilich (einzelnen Genossen oder Klassen) versagen kann[2].

## II. Kapitel.

### Das Gebiet des Rechts.

(Zu § 6—9.)

#### Urrecht und Vermögensrecht (im *jus privatum*); Verfassungsrecht und Hoheitsrecht (im *jus publicum*).

Der Cursus nennt zwei Kreise, welche das Rechtsgebiet ausmachen und sich als ein innerer und äußerer Kreis oder esoterisches und exoterisches Gebiet unterscheiden. Diese Unterscheidung gilt sowohl für das Privatrecht, als auch für das öffentliche Recht (der Genossenschaften).

A. Im Privatrecht beruhen auf ihr die Begriffe des Urrechts und des Vermögensrechts, womit die Unterscheidung von angebornen (unmittelbaren) und erworbenen (mittelbaren, hypothetischen) Rechten[3] im Wesentlichen zusammentrifft oder doch zusammenhängt. 1) Was zu den Urrechten gerechnet zu werden pflegt, läßt sich auf den Grundgedanken zurückführen, daß es die rechtlichen Elemente oder Qualitäten der Persönlichkeit selbst sind, so wie diese sich in ihrer kreatürlichen und socialen Wesenheit[4] darstellt, m. a. W. die aus der Wesensart des freien und selbstbewußten Geistes folgende Kraft der Selbstbestimmung in allen die Individualität selbst betreffenden Lebensfragen. Hierzu gehören nicht bloß die Ordnung der Lebensweise, die Wahl des Berufs und Wohnsitzes, sondern auch die Entschließung über alle Namen und Ehre betreffenden Fragen. Wem diese Befugnisse (Fakultäten) zustehen, d. h. nicht genommen oder beschränkt sind, der hat Persönlichkeit im vollen rechtlichen Sinne oder privatrechtliche Selbstherrlichkeit, und ist, wie die Römer sagen, *persona sui juris.* Die Person ist hier Subjekt und Objekt zugleich. — Wer aber *homo alieni juris* ist, erscheint nur in beschränkter Weise als Herr seiner Selbst: das Hauskind ist dem *imperium,* der Sklave dem *dominium* und *imperium* eines Anderen unterthan[5].

2) Indem die Person sich über das unmittelbare Selbst hinaus erstreckt, setzt sich um jenen Innenkreis ein weiterer Kreis, der Bereich der Vermögensrechte, an, den man auch das (Privat-) Gebiet der Person nennen kann. Diese Rechte unterscheiden sich nach der natürlichen Verschiedenartigkeit der Objekte, welche in der Umgebung der Person sich ihr zur Beherrschung darbieten. Das römische Recht unterscheidet hiernach drei Herrschaftsweisen: *proprietas*, *obligatio* und *potestas* (im privatrechtlichen Sinne).

B. Der gleiche Unterschied eines Innen- und Außenkreises ist für das öffentliche (Genossenschafts-) Recht durchzuführen und namentlich auch der Theorie des Staatsrechts (im engeren Sinne) zu Grunde zu legen. Hier tritt der Innenkreis, d. h. der Umkreis der Verfassungsrechte im engern Sinn, in

1) *Cassius* und *Ulpian* in *fr.* 1. § 27. *de vi* (43, 16).
2) *Ulp.* 5, 8: *uxoris jure ducendae facultas.*
3) s. Schilling a. a. O. § 14. — 4) s. Schilling a. a. O. Anm. b.
5) Die *potestas* kommt hier streng genommen (noch) gar nicht in Frage, sondern gehört in das Gebiet des Vermögensrechts.

weit erheblicheren Dimensionen hervor. Im Privatrecht erscheint der Innenkreis wenig umfang- und inhaltreich; sein Inhalt beschränkt sich auf gewisse Elemente, die nahe bei einander liegen, leicht in einander übergehen, gleichsam nur mikroskopisch unterscheidbar sind und daher im praktischen Leben selten bedeutsam und gewichtig hervor- und auseinandertreten. Wohl liegt darin der Grund, daß auch in der Theorie, d. h. in den üblichen Lehrdarstellungen der Compendien, jene Elemente meist nur beiläufig und leicht berührt werden. Allein im Staatsrecht zeigt der Innenkreis der Verfassungsrechte eine reiche Fülle praktischer und theoretischer Rechtsfragen, und es ist eine Cardinalaufgabe der fortschreitenden Staatswissenschaft, daß sie die zwei Bereiche der Staatsgewalt scharf unterscheidet.

1) Das Verfassungsrecht im engern Sinn zeigt uns den Bereich der genossenschaftlichen Selbstbestimmung und Selbstbehauptung. Die Genossenschaft ist hier Subjekt und Objekt zugleich. Zur Selbstbestimmung rechne ich Alles, was dazu dient, den genossenschaftlichen Centralwillen zur Erscheinung und Geltung zu bringen. Es muß festgestellt seyn, welcher Theil der Mitglieder berufen ist, bei der Formation des Centralwillens mitzuwirken, und wie diese Mitwirkung bei der Fassung einzelner Entschlüsse (Regierung) und bei der Aufstellung allgemeiner Maximen des Handelns (Gesetzgebung) zu geschehen hat. In diesen Zusammenhang gehört daher die Bestimmung der Staatsform, d. h. der verfassungsmäßigen Anlage des Staatsorganismus, nach welcher entweder das ungetheilte Volksganze, die vollfreie Mannschaft (Volksstaat, Republik), oder ein kapitaler Bruchtheil des Volksganzen, die Dynastie (Fürstenstaat, Königthum) der eigentliche Träger der Souveränetät ist[1]. Die Frage der Staatsform ist eine sociale und politische zugleich. — Es ist selbstverständlich, daß der Genossenschaftsorganismus, wie nach Innen, so auch nach Außen sich behaupten und der Centralwille folglich auf Abwehr fremder Gewalt gerichtet seyn muß. Nur die Genossenschaft ist im vollen Sinn selbständig oder selbstherrlich, souverän, deren Centralwille im Innern und nach Außen anerkannt wird und keinem fremden Willen unterworfen ist; souverän ist daher der Gemeindestaat, der vielleicht Mitglied eines Staatenbundes ist; nicht souverän ist die Gemeinde im Staat, die unter dessen Hoheit steht; nicht souverän der Vasallenstaat oder die Provinz, welche eine Verwaltungseinheit bildet, aber durch die Oberhoheit des herrschenden Staats gebunden ist.

2) Das Hoheitsrecht der Genossenschaft (*jus eminens*) ist der Außenkreis öffentlicher Rechte, welche die Genossenschaft nicht in ihrer Herrschaft über sich selbst, sondern über Existenzen und Mittel außerhalb ihres eigentlichen Körpers zeigen. Was für die Einzelperson ihre Vermögenssphäre, das ist für die Genossenschaft der Gesammtbestand an Land und Leuten, sofern in diesen verwendbare Hilfsmittel für das Genossenschaftswesen gefunden werden; man könnte diesen Gesammtbestand das Gebiet der Genossenschaft nennen. *a*) Vor Allem kommt da das Territorium, auf welchem die Genossenschaft seßhaft ist, in Betracht: das Stammgut der Familie, die Flur oder das Weichbild der Gemeinde, das Land innerhalb der Staatsgrenzen[2]. Sodann

1) Die Frage der Demokratie oder Aristokratie verhält sich dazu nur secundär; ebenso die Unterscheidung der drei Typen: Familienstaat (Orient), Gemeindestaat (Griechenland), Nationalstaat (moderner Staat).

2) Man wird mir vielleicht vorwerfen, dass ich das Wort Gebiet in dreifachem Sinn gebrauche: 1) Rechtsgebiet, so dass Person und Genossenschaft selbst dazu gehören; 2) die Objekte der Herrschaft ausserhalb des herrschenden Subjekts, also Vermögen und die Objekte der Hoheitsrechte; 3) im engsten Sinne nur das Territorium. Ich meine aber, dass dies dem Sprachgebrauch entspricht, und wir keine Gefahr dabei laufen.

entsteht durch die Prägung von Staatsgeld ein Bereich mobiler Werthe, über welchen der Staat gleichfalls ein Hoheitsrecht ausübt[1]. *b*) Auch über die Wehr-, Dienst- und Steuerkraft der Genossen erwirbt sich der Centralwille gewisse Rechte und erschließt damit neue Quellen für das öffentliche Bedürfniß. *c*) Endlich können exterritoriale Bestände an Land und Leuten unter die Botmäßigkeit des Centralwillens fallen: das Hoheitsrecht wird sich hier verschieden gestalten, je nachdem Colonien oder ganze Provinzen, Inseln und Meere in Frage kommen. — Ich unterscheide hiernach zwischen dem Verfassungsrecht und Hoheitsrecht der Genossenschaft gegenüber den Genossen: jenes gibt Rechte und Pflichten der Mitwirkung bei der Constituirung des Centralwillens, dieses beansprucht von den Genossen Leistungen, welche dem Gemeinwesen zu Gute kommen und zur Stütze dienen sollen; dort kommt der Genosse als Bürger, hier als Unterthan in Frage.

Daneben sind noch drei besondere Beziehungen der Genossenschaft zu betrachten. *a*) Die des Genossenschaftswillens zu den Organen, denen die Ausübung von Genossenschaftsrechten im Namen der Genossenschaft, aber als eignes Recht innerhalb gewisser Competenzgrenzen eingeräumt und anvertraut ist: die Staatsämter (*magistratus*) in diesem Sinne bilden eigene Objekte der obersten Herrschaft (im Staat); *b*) die des obersten Genossenschaftswillens zu den Lokalgenossenschaften oder Gemeinden im Staat, die eine Sphäre eignen Lebens und Rechts bilden und in gewisser Richtung zugleich Objekte des übergeordneten Centralwillens sind; *c*) die des Genossenschaftswillens zu den Fremden, d. h. den (vorübergehend) im Lande, in der Gemeinde sich aufhaltenden Bewohnern, welche nicht Staats- oder Gemeindeangehörige sind, aber am Frieden der Genossenschaft (Ordnung, Schutz) theilnehmen und dafür gewissen Ansprüchen des Genossenschaftswillens gerecht werden müssen. — Man kann zweifeln, ob diese besonderen Beziehungen, die zuweilen unter dem s. g. Oberaufsichtsrecht des Staats begriffen werden, dem inneren oder äußeren Kreise der Genossenschaftsrechte einzufügen sind, doch bemerke ich, daß die römische Doppelbedeutung von *provincia* (Amtsbereich und unterworfenes Gebiet) für das Letztere zu sprechen scheint.

Nach dem Gesagten würde sich z. B. das System des Staatsrechts folgendermaßen gestalten:

I. Die Verfassung des Staats (Verfassungsrecht):
   1. Staatsform: *a*) dynastischer Staat, *b*) Freistaat. Die Form kann rein oder gemischt (temperirt) seyn durch Mitwirkung eines sekundären Organs (constitutionelle Monarchie und constitutionelle Republik: jenes der moderne Staat, dieses die altrömische Königs- und Consularverfassung).
   2. Staatsbürgerthum: Aristokratie, Demokratie (Voll- und Halbbürger).
   3. Staatstypus: Familien-, Gemeinde-, Nationalstaat.

II. Das Gebiet des Staats (Hoheitsrecht).
   1. Realgebiet: *a*) Territorium, *b*) Geldwesen.
   2. Personalgebiet: *a*) die Unterthanen: Wehr- und Steuerkraft der Genossen; *b*) die Filialpotenzen im Staat, nämlich die Staatsämter und die Gemeinden; *c*) die Fremden im Lande.

---

1) **Münzhoheit**: Feststellung des Nominalwerths, Devalvirung und Einziehung umlaufender Münzen, Emission fingirten Geldes (Papiergeld). Die *termini motio* bei den Römern und die Münzfälschung heutzutage sind deswegen ausgezeichnete Verbrechen, weil sich in ihnen mit dem Angriff auf das Privatgebiet ein Angriff auf das Staatsgebiet verbindet.

3. Exterritorialgebiet (Oberhoheit): *a*) Provinzen, *b*) Colonien, *c*) Vasallenstaaten (*in foedere iniquo*).

III. Die Verbindung und der Verkehr der Staaten (äußeres Staatsrecht):

1. Bundesstaat d. h. Vereinigung von lauter Vasallenstaaten.
2. Staatenbund oder Föderativsystem (*foedus aequum*).
3. Völkerrecht. Recht der Verträge und der Nothwehr (mit *moderamen inculpatae tutelae:* Kriegsrecht).

Unverkennbar ist hierin ein gewisser Parallelismus civilistischer und publicistischer Begriffe. Dem Urrecht entspricht das Verfassungsrecht, dem Vermögensrecht das Hoheitsrecht; das Hoheitsrecht über das Realgebiet[1], den Unterthanenkreis und die Filialwelt im Staat (Staats-Aemter und Gemeinden) erinnert an die civilistische Trias von *proprietas*, *obligatio* und *patria potestas;* endlich das Verhältniß der Provinz erinnert an die *potestas domini*[2], das Verhältniß der Fremden im Lande und die Stellung des Vasallenstaats an die Clientel[3].

## III. Kapitel.

### Die Anstalt des Rechts.

(Zu § 10–14.)

### Ueber Grund und Zweck des Staats.

A. Recht und Staat sind zusammenhängende und zusammengehörige Begriffe; Staat im allgemeinsten und abstrakten Sinne deckt sich mit Recht; Recht und Staat verhalten sich danach begrifflich zu einander, wie Religion und Kirche; wie diese die Religionsanstalt ist, so der Staat die Rechtsanstalt schlechthin; daher 1) Alles, was rechtlichen Inhalts ist, fällt in den Bereich des Staats, und 2) nichts weiter gehört dahin, als was rechtlichen Inhalts ist.

Durch den Satz sub 1) ist ausgesagt, daß zum Staat auch diejenigen Einrichtungen gerechnet werden, durch welche das Privatrecht geschützt und gewährleistet wird; insofern können die Civilproceß-Institute mit zum Staatsrecht gerechnet werden, und wo es gilt, Privatrechts-Normen festzusetzen, kommt gleichfalls der Staat als gesetzgebende Gewalt in Betracht. Durch den Satz sub 2) aber ist ausgesagt, daß der eigentliche Staatszweck nicht über die Region des Rechts hinausgeht, und die Theorie des Rechtsstaats, nicht die des Culturstaats, principiell berechtigt ist. Wie das Recht, so hat es auch der Staat nur mit dem Element der Energie zu thun, der Staat ist das Gemeinwesen handelnd gedacht, und nur die der Ordnung der Energie dienenden Anstalten fallen demgemäß unter den Staatszweck. Die ästhetischen, wissenschaftlichen und religiösen Angelegenheiten des Menschen gehören daher an sich nicht zu den Aufgaben des Staats; so wenig ist dies der Fall, daß sie vielmehr darunter leiden, wenn sie dauernd oder ausschließlich in der Hand des Staats bleiben; ein solcher Zustand ist eben weder der Natur dieser Angelegenheiten, noch dem Wesen des Staats entsprechend. Doch ist Folgendes zu berücksichtigen. *a*) Der Staat, welcher solchen außerhalb gelegenen Angelegenheiten sich gewachsen fühlt, darf sich ihnen nicht ganz entziehen, besonders dann nicht, wenn die übrigen Organe der Gesellschaft (der Gemeinde, Nation) nicht reif oder gesund oder stark genug sind, ihren Platz

1) Vergl. von Gerber Grundzüge d. Systems d. deut. Staatsrechts § 22 i. Verb. m. §§ 16. u. 17.
2) Vergl. *Gai.* 2, 7. 21. (*dominium — propriae*). — 3) *Proculus in fr.* 7 *de captivis* (49, 15).

auszufüllen und ihre antheiligen Verrichtungen ohne Staatshilfe zu erfüllen. In dieser Weise hat z. B. zu Zeiten der Staat der Kirche Hilfe geleistet, gleich wie zu anderen Zeiten (so im Mittelalter) auch die Kirche für Staatszwecke eingetreten ist. *b*) Der Staat, wenn er nicht selbst an Kraft und Nachdrücklichkeit einbüßen will, muß eine lebensvolle Verbindung mit den Vertretungen jener anderen Zwecke aufrechthalten und kultiviren; namentlich von Religion und Kirche wird er nur mit seinem eignen Schaden seine Hand zurückziehen. Zwischen der christlichen Kirche und dem Staat bestand seit dem frühesten Mittelalter eine Art Ehebund: der Staat, welcher diesen löst, arbeitet mit an der Entchristlichung der Gesellschaft und beraubt sich schließlich derjenigen Stützen, z. B. des Eides (Amtseid, Schiedseid, Zeugeneid), für welche es dem menschlichen Scharfsinn nie gelingen wird, ausreichende Surrogate zu erfinden.

B. Wir stellen uns unter dem Staat immer die Rechtsanstalt als Gemeinwesen vor, aber der Staat kann ein Gemeinwesen von sehr verschiedenem Umfang und Typus seyn. 1) Der Staat kann auf dem Standpunkt der Familie verharren (s. g. Familienstaat): dann unterscheidet sich vom Staatsrecht nur ein Privatrecht im allerengsten Sinne; Staat und Familie (erweitert als Geschlecht oder Stamm) fallen noch zusammen. Das ist der orientalische Staatsurtypus. 2) Der Staat erhebt sich über die Familie, so daß sich Staat und Familie unterscheiden; der Staat nimmt dann den Standpunkt der Gemeinde ein, was zugleich der entscheidende Schritt zur Seßhaftigkeit ist (s. g. Gemeindestaat): hier unterscheidet sich Familienrecht und Staatsrecht. Das ist der antike Staatstypus; nach römischer Auffassung speciell geht das Familienrecht im reinen Privatrecht (des Einzelnen, *paterfamilias*) auf, gleichwie das Gemeinderecht streng genommen noch im Staatsrecht aufgeht, so daß es eben bei der einfachen Scheidung in *jus privatum* und *publicum* bleibt. 3) Der Staat erhebt sich principiell auch über die Gemeinde, so daß sich Staat, Gemeinde und Familie unterscheiden. Das ist der moderne Staatstypus, dessen normaler Ausdruck der Nationalstaat ist, in welchem das Ganze einer Kulturnation Rahmen und Frieden findet.

C. Auf den gegebenen Grundlagen findet der Staatsbegriff seinen wahren Abschluß erst durch folgende Momente: 1) Den Naturgrund des Staats bildet das geographisch fixirte (wenn auch nicht gerade arrondirte) und räumlich umgrenzte Natur- und Wirthschaftsganze eines den großen Kulturaufgaben gewachsenen Gemeinwesens; ohne Territorium und Landesmünze kein Staat im heutigen Sinne. 2) Das eigentliche Lebensprincip des Staats liegt in der Selbstherrlichkeit (Souveränetät), d. h. ein Gemeinwesen ist Staat nur insofern, als es im Wollen und Handeln selbständig ist. In der Selbstherrlichkeit ist zweierlei enthalten: *a*) politische Machtvollkommenheit im Innern, so daß der Staatswille in allen die Energie betreffenden irdischen Fragen und Entschließungen von keiner anderen Gewalt innerhalb seiner Grenzen abhängt[1] und die oberste Entscheidung hat; *b*) politische Unabhängigkeit nach Außen, so daß der Staatswille keinem fremden Willen zu gehorchen hat und demgemäß völkerrechtliche Anerkennung genießt.

D. Zu den Aufgaben des Staats pflegt auch das Richteramt gerechnet

---

1) Diese von mir s. g. Machtvollkommenheit ist ja nicht mit Omnipotenz des Staats, wie sie jetzt vielfach als Theorie aufgestellt wird, zu verwechseln. Omnipotent ist der Staat nicht, 1) weil es gewisse Naturrechtssätze (s. Kap. I. am Ende) gibt, die auch der (gesittete) Staat respektiren muss, und 2) weil der Staat eben nur im Bereiche der irdischen Energie selbständig ist, aber neben sich andere Mächte (die der Intelligenz und Religion) hat, deren Freiheit in ihren Gebieten er gleichfalls anerkennen muss,

und die richterliche Gewalt neben der gesetzgebenden und vollziehenden Gewalt genannt zu werden. Allein diese s. g. Theilung der Gewalten im Staat enthält manche Unklarheit. Der staatliche Centralwille kann sich offenbaren entweder in einzelnen Entschließungen, wie sie durch den einzelnen Bedürfnißfall im Leben gefordert werden: s. g. Regierungsgewalt (Exekutive), oder aber in grundsätzlichen Normen, welche im Voraus für alle Fälle gleicher Art aufgestellt werden und wodurch der Staat sich ebenso bindet, wie der Mann von Karakter, der nach Grundsätzen handelt[1]: s. g. Gesetzgebungsgewalt (Legislative). Für eine s. g. Richtergewalt bleibt daneben kein Platz.

Die Strafgewalt des Staats beruht in seinem Selbstbehauptungsrecht, das sich hier nach Innen, wie im Kriegsrecht nach Außen, äußert. Die Strafgewalt kann sich exekutiv (casuistisch) und legislativ (normativ) äußern.

Wenn aber von einer richterlichen Proceßgewalt des Staats geredet wird, so darf dabei zunächst nur daran gedacht werden, 1) daß die Criminaluntersuchung unter Betheiligung des Staats geführt und die verhängte Strafe von ihm vollzogen wird, 2) daß das Civilverfahren in seinem Anfang legalisirt, durch Gewährung eines Organs für den Zweck der Entscheidung das Ende ermöglicht und sodann nöthigenfalls dem Sieger zu seinem Recht durch Zwangsvollstreckung verholfen wird. Alles das verlangt staatliche Autorität, staatliches Amt; auch im Civilproceß, wo es sich doch zunächst nur um das Privatinteresse der Parteien handelt: denn der Staat als Hort des öffentlichen Friedens hat die Aufgabe, tumultuarische Maßregeln zu verhüten und daher die Möglichkeit geordneter Streiterledigung zu gewähren.

Dagegen was zwischen der Anordnung (Constituirung) des Processes und der etwaigen Vollstreckung des Urtheils liegt, fällt nicht wesentlich unter den Beruf des Staats. Das Verfahren kann vielmehr in die Hand der durch den Staat berufenen Bürger (Geschwornen) gelegt seyn. Diese Richter haben die Aufgabe, sich durch das Verfahren die entscheidende Ueberzeugung zu bilden (Urtheil, Erkenntniß), den Wahrspruch zu fällen, d. h. die Entscheidung zu finden und zu verkündigen und bez. dann die Schuldigerklärung (Strafe im Criminalproceß — Condemnation im Civilproceß) hinzuzufügen.

Die richterliche Proceßfunction, insoweit sie nach dem Gesagten wirklich als staatliche Gewalt anzunehmen ist, kann sich wieder in exekutiver und in legislativer Form äußern.

## IV. Kapitel.

### Der Ursprung des Rechts.

(Zu § 15—17.)

#### I.

#### Göttliches und menschliches Recht.

Zu § 15] Wenn die Rechtserzeugung als That des Menschen bezeichnet wird, so ist damit nicht der Gedanke abgelehnt, daß das Recht im letzten Grunde aus Gottes Rathschluß und Willensordnung abzuleiten sei. Mit der menschlichen Persönlichkeit und Energie ist auch das Recht eine Schöpfung Gottes; dieser aber überließ, indem er die Menschen als freie Wesen schuf,

1) Gesetz ist für den Staat selbst ein Vertrag mit sich selbst, *communis reipublicae sponsio*, wie Papinian karakteristisch sagt (*fr.* 1. *de legibus* 1, 3), oder wie Marcian nach Vorgang des Demosthenes sagt: πόλεως ἡ συνθήκη κοινή (*communis sponsio civitatis: fr.* 2. *eod.*).

denselben den Gang der eignen Entwicklung als ihre eigne und freie That. Ueberdies ist das Institut der obrigkeitlichen Autorität und Gewalt noch besonders auf eine erste und allgemeine Einsetzung Gottes zurückzuführen: die Zwangsgewalt der Obrigkeit (*jus gladii, jus vitae ac necis*) ist von Gott selbst dem Menschen in die Hand gegeben worden, indem er den ersten Menschen zum Herrn über das Weib, d. h. Haus und Familie, bestellte. Durch den Sündenfall war dieses Rechtsmittel bedingt und gefordert: durch sich selbst und aus eigner ursprünglich menschlicher Machtvollkommenheit hätte der Mensch kein Recht über Leben und Tod des Mitmenschen; er muß es nun aber als Obrigkeit haben zur Aufrechthaltung der Ordnung im Widereinander der Völker und Individuen, und er hat es dazu aus Gottes Hand erhalten, um es gemäß den Entwicklungsgesetzen der politischen Ordnung zu handhaben. Darum wer der Obrigkeit das Schwert nimmt, untergräbt die Fundamente aller Rechtsordnung.

In einem anderen, prägnanten Sinne spricht man von göttlichem und menschlichem Recht (*jus divinum* und *humanum*): jenes beruht auf unmittelbarer göttlicher Satzung d. h. Offenbarung, wie das (Adamitische, Noahitische,) Mosaische Recht, dieses auf unmittelbarer menschlicher Satzung ohne göttliche Eingebung. Von solcher Eingebung kann im eigentlichen Sinne bei heidnischen Völkern nicht die Rede seyn. Was diese etwa auf den Willen ihrer vermeintlichen Nationalgötter zurückführen und auf alte religiöse Ueberlieferungen gründen (*fas, jus sacrum*), ist Menschenwerk, welches höchstens einen Rest der heiligen Uranlage der Menschheit in sich trägt. Uebrigens hat auch Justinian für jene Gegenüberstellung einen gewissen Anhalt gegeben in den Worten: *Naturalia quidem jura, quae apud omnes gentes peraeque observantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent, ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent* (§ 11. *J. de jure naturali 1, 2*). Doch gehört dieser Ausspruch vielmehr in den Zusammenhang sub II.

## II.

## Die historische und philosophische Juristenschule.

Zu § 16] Die im Cursus genannten vier ersten Grundqualitäten der Rechtsordnung (positive, sociale, historische, progressive) sind durch die s. g. historische Schule zur Geltung gebracht. Vor und neben derselben bestand, theilweise in scharf ausgesprochenem Gegensatz, die s. g. philosophische (oder rationalistische) Schule, welche alles Recht auf dem Wege vernunftmäßiger Ermittelung und Schlußfolge finden und es ohne wesentliche Rücksicht auf die verschiedenen Culturstufen ein für allemal construiren wollte. Die fünfte Grundqualität (das Recht als intuitive Ordnung) folgt aus der ersten und bildet eigentlich nur das dogmatische Facit oder Complement jenes Cardinaldogmas der historischen Schule[1].

Im Großen und Ganzen sind die Grundsätze der historischen Schule zur Anerkennung gekommen, indeß darf nicht auf dem von derselben eröffneten Wege einseitig fortgegangen werden. Denn unmöglich ist zuzugeben, daß sämmtliche Elemente des Rechts dem Flusse geschichtlicher Entwicklung und nationaler Umbildung unterliegen, vielmehr wie im einzelnen Menschen ge-

1) Vergl. Kuntze, D. Wendepunkt der Rechtswissenschaft (1856) S. 62 ff.; und v. Savigny, System d. R. R. I. S. 7. 9. 292.

wisse Grundzüge seines individuellen Karakters bleiben, von einer Centralkraft aus aller Wechsel mehr oder weniger beherrscht, und so der Gang in derselben Bahn erhalten wird: so finden wir auch in der Weltgeschichte des Rechts das Walten einer Centralkraft des menschlichen Geistes, eine Bahn allmählichen Fortschritts, die stille Herrschaft von Rechtsidealen, welchen die Besten der Nation, der Zeit zustreben, und die Völker, so lange sie blühen, immer näher kommen. In den Gesetzen, von welchen dieser Gang universal- und nationalgeschichtlicher Entwicklung des Rechts gerichtet wird, sind die Grundzüge der Rechtsordnung enthalten, und diese sind so tief im Wesen des menschlichen Geistes begründet und von so allgemeinem ethischen Werthe, daß sie als absolute gelten und auf einem, von der Geschichte verhältnißmäßig unabhängigen Wege philosophischer Speculation erkannt werden können: eine Anschauung, welche in dem *jus naturale* Ulpians und in dem *semper aequum ac bonum* des Paulus angedeutet vorliegt[1].

Man bezeichnet das dem positiven Recht einer einzelnen Nation oder Culturepoche gegenübergestellte und unabhängig hiervon entworfene Musterbild einer Rechtsordnung als Vernunft- oder Naturrecht, insofern es als ein durch abstractes Nachdenken und logische Deduction aus der allgemeinen Natur des Menschen gewinnbares gilt. Der Versuch einer solchen Gewinnung nun hat seine Berechtigung, so lange die Speculation sich auf die bezeichneten allgemeinen Grundzüge und auf die der Höhe des christlichen Lebensideals zustrebenden Entwicklungsgesetze beschränkt; allein es darf nicht vergessen werden, daß mit diesen allgemeinen Linien nimmer ein praktisch ausreichendes, lebensvolles und lebensfähiges Recht gewonnen, und daß die ganze reale Ausfüllung nur durch die schöpferische Kraft solcher Mächte, welche ganz unter dem Einfluß des geschichtlichen Wechsels stehen, bereitet wird. Die alte Naturrechtsdoctrin übersah oder unterschätzte die historische Strömung und die organische Um- und Fortbildung, in welcher die Rechtsidee, indem sie sich zum praktischen System entfaltet, unablässig begriffen ist.

## III.

### Gewohnheitsrecht und Gesetz.

Zu § 17] Die Rechtsquelle fließt entweder unmittelbar aus dem Boden des Volksthums in natürlicher Strömung und Entfaltung, so wie die Bedürfnisse des Augenblicks und mächtige Erlebnisse des Volks die Impulse des Rechtssinns erzeugen und lenken, oder mittelbar durch die künstlichen Kanäle und Flutbetten, so wie sie durch die Staatsverfassung und ihre besonderen Formen gegeben sind. Man kann daher das Gewohnheitsrecht als die Naturform, das Gesetz als die Culturform des Rechts bezeichnen, jenes auch den Volkswillen, dieses den Staatswillen nennen, und die Verschiedenartigkeit der Genesis vergleichen mit der Volks- und Kunstdichtung. Demgemäß pflegt in der Geschichte der Völker das Gewohnheitsrecht früher, das Gesetz später vorherrschend zu seyn, und oft kann man ganz deutlich eine ältere Periode des Gewohnheitsrechts und eine jüngere Periode der Gesetzgebung unterscheiden. Das Gewohnheitsrecht entspricht der Kindheit, die Gesetzgebung dem reifenden Geiste des Volks. Wie das Kind mehr in Handlungen seine Maximen ausdrückt, und erst der reifende Mensch die rechten

1) Vergl. Curs. § 43.

Worte dafür findet: so ist auch das Gewohnheitsrecht, das den Gesammtwillen in Handlungen darstellt, die Art des kindlichen Volksthums, das Gesetz aber, das den Gesammtwillen in Worte faßt, die Art des kultivirten Volksthums. Gewohnheitsrecht ist der Gesammtwille in Handlungen, Gesetz der Gesammtwille in Worten.

Uebrigens ist dabei zu beachten, daß das Wort Gesetz in einem engsten, engen, weiteren und weitesten Sinne vorkommt. 1) Im engsten Sinne braucht es das moderne Staatsrecht im Gegensatz zur „Verordnung", nämlich zur Bezeichnung der grundlegenden Satzungen, zu deren Entstehung Regierung und Volksvertretung zusammenwirken müssen. 2) Im engen Sinn brauchen wir das Wort im Gegensatz zu Gewohnheitsrecht: Gesetz ist jeder positive Rechtssatz, der nicht Gewohnheitsrecht ist. 3) Im weitern Sinne wird aber unter Gesetz nicht selten jeder dem positiven Recht angehörige Rechtssatz, also der gewohnheitsrechtliche inbegriffen, verstanden. 4) Endlich bedeutet Gesetz im weitesten Sinn jeglichen Rechtssatz, jede Norm, welche rechtlichen Inhalt hat, sei sie im positiven oder natürlichen Recht begründet; in diesem Sinn ist z. B. das Recht der Nothwehr, das nicht erst durch positives Recht begründet ist, auch ein Gesetz (Vergl. oben S. 10. sub 3.).

B. Was Gewohnheitsrecht und Gesetz sind, ist nun dem Inhalt und der Form nach genauer anzugeben. Das Gewohnheitsrecht hat zur Voraussetzung *a*) als Inhalt eine s. g. *opinio necessitatis,* d. h. die Ueberzeugung der Volksgenossen, daß man so und nicht anders handeln dürfe, weil eben dieses so geartete Handeln dem Gesammtwillen entspreche; *b*) als Form einen s. g. *usus longaevus,* d. h. eine Mehrheit gleichartiger Akte, die in ihrer zeitlich ausgedehnten Aufeinanderfolge einen längeren Zeitraum umspannen und damit eine befestigte Ueberzeugung ausdrücken. Das Gesetz aber hat zur Voraussetzung *a*) als Inhalt einen sprachlich abgefaßten Text, welcher den Willen der gesetzgebenden Gewalt im Staate darstellt, und *b*) als Form die öffentliche Bekanntmachung zur Nachachtung für die Volksgenossen, denen es gilt (Publication, Verkündigung).

C. Die Rolle, welche in unserer Zeit dem Gewohnheitsrecht gebührt, steht jetzt gerade unter lebhaftem Streit, nachdem früher auf dem von der historischen Schule gelegten Grunde ein bis zum Kultus des Gewohnheitsrechts gesteigertes Interesse für dasselbe, weil es Ausdruck der flüssigen Elemente des Rechtslebens ist, Platz gegriffen hatte.[1] Mein Standpunkt zu dieser Frage ist bezeichnet, wenn ich oben das Gewohnheitsrecht die Naturform und die Periode des Gewohnheitsrechts das Kindesalter des Rechtswesens nannte. 1) Ein Kind hat noch keine festen durchgebildeten Maximen, darum können dieselben auch nicht feste Formen annehmen; das Kind bedarf auch der Maximen noch nicht, weil es naive Triebe hat und unter den Mächten der Erziehung steht. Was dem Kinde eignet und genügt, eignet und genügt aber nicht mehr dem Manne; Maximen müssen ihm die Triebe ersetzen; des Wortes mächtig kann er feste Maximen formuliren und objectiviren; an die Stelle der Naivität tritt künstliche Technik, und das Gängelband der Tradition ersetzt sich durch Reflexion. Das äußere Symptom dieses Schicksals ist, daß die intensiveren Standesgemeinschaften, aus deren Schooße die kräftigen Volkstriebe der Rechtsbildung entsprießen, erlahmen, und alle engeren Genossenschaftskreise auf der nivellirten Fläche mit dem großen Ganzen zerfließen,

1) Puchta, d. Gewohnheitsrecht (2 Theile) (1828. 1837); v. Savigny, System d. R. R. Bd. I. S. 34 ff.; Kierulff, Theorie des Civilrechts Bd. I. S. 6 ff.; Ihering, Geist d. R. R. Thl. II. § 25.

ohne dorthin die zarten Keime ihres Rechtstriebes mit der ursprünglichen Lebenskraft zu übertragen. 2) Auch schränkt sich das Gebiet und die Leistungskraft des Gewohnheitsrechts im Fortschritt der Kultur unaufhaltsam ein. Der Gewohnheits- und Nachahmungstrieb, der das Kind beherrscht und es zur Hingebung an die Macht einzelner selbst zufälliger Präcedenzfälle im eignen oder fremden Handlungsgebiete drängt, verliert sich im Manne, denn er stellt sich in seinem Innersten immer frei zum einzelnen Factum. Darum büßt die gewohnheitsrechtliche Bildung die nöthige Sicherheit, Zuverlässigkeit und Erkennbarkeit ein, die ihr auf keinem künstlichen Wege wieder zu gewinnen ist. 3) Endlich je mehr die Gesetzgebungskunst erstarkt, um so sicherer und rascher arbeitet sie, und um so providentieller sorgt sie für die rechtlichen Bedürfnisse des wechselnden Volkslebens. Ehe der naive Trieb, wo er etwa noch lebendig ist, zum Abschluß und zur Klarheit gelangt, hat sich der Gesetzgeber resolvirt und die Dämmerung in Licht gewandelt. Da bleiben zu wenig Aufgaben und Gelegenheiten übrig für den in der Tiefe schlummernden Trieb des Volksthums; der Gesetzgeber hat ihm die Arbeit abgenommen, er bewegt sich frei und ungehemmt auf der Oberfläche und ist überall bereit und gegenwärtig; das Gewohnheitsrecht bleibt zurück hinter dem Leben und hinter der Gesetzgebung.

Darum liegt es in der natürlichen Umgestaltung des Rechtslebens, daß das Gewohnheitsrecht, welches die Mutter oder die Amme der Gesetzgebung war, allgemach abstirbt und gänzlich hinter die Werke dieser zurücktritt.[1] Die Doctrin liebt es vielleicht noch, aus Pietät ihr ein theoretisches Scheinleben zu fristen, aber eine frische und allgemeine Lebenskraft ist ihr in der Praxis abzusprechen. Höchstens in denjenigen Bruchtheilen des Volkes, in denen noch ein reges Standesleben pulsirt, zeigen sich brauchbare Bildungen des Gewohnheitsrechts; sonst tritt es nur noch im s. g. Gerichtsbrauch (juristische Praxis, *usus fori*) d. h. in den übereinstimmenden Aussprüchen des den Richterberuf ausübenden Juristenstandes hervor und weicht mehr und mehr dem Einfluß wissenschaftlicher Autoritäten. Endlich kommt im Leben der Kulturvölker eine Periode der Rechtsentwickelung, welche vorzugsweise wissenschaftliches Gepräge trägt; auch die Gesetzgebung kann nicht umhin, diesem Geiste Rechnung zu tragen; an die Stelle praktischer Impulse treten dann für den Gesetzgeber theoretische Erwägungen, und die Gesetze werden immer wissenschaftlicher, nehmen immer mehr Begriffe in sich auf und gliedern sich strenger systematisch. Man kann also drei Perioden: des Gewohnheits-, gesetzlichen und wissenschaftlichen Rechts, unterscheiden, und diese dritte als die Zukunft unsres Rechtslebens bezeichnen. Dieser Trias entsprechen die drei Ausdrucksmittel: Handlung, Wort, Begriff.[2]

D. Oft wird der Ausdruck Rechtsquellen in einem mehr äußerlichen oder antiquarischen Sinn gebraucht, indem darunter die Quellen der Rechtskunde d. h. die einzelnen direct oder indirect überlieferten und vorhandenen Rechtsdenkmäler (Münzen, Inscriptionen, Urkunden, Handschriften) verstanden werden, aus welchen wir unsere Kenntniß früheren Rechts schöpfen.[3]

---

1) Vergl. Kuntze, d. Lehre v. d. Inhaberpapieren (1857) S. 671. Stobbe, Handb. d. deut. Privatr. Bd. I. (1871) § 21. a. E. und § 23.
2) Vergl. Arnold, Cultur und Rechtsleben (1865) S. 290.
3) Vergl. v. Savigny, System d. R. R. Bd. I. S. 12.

# V. Kapitel.

## Das System des Rechts.

(Zu § 18–20.)

### Rechtssystem. *Aequitas.*

A. Weil das Recht aus dem Leben stammt, und alles gesunde Leben Einheit ist, so ist auch das gesunde Recht Einheit in der Vielheit, m. a. W. das Recht ist ein System, und das Recht jedes Volks ist ein System, und das Recht jeder Lebensepoche eines Volks ist ein System. Nur wenn das Volksthum krankt oder in einer Umwälzung begriffen ist, verliert sein Recht die innere Uebereinstimmung der Theile und das System ist gestört. So wenn ein Volk auf die Dauer unterjocht allmählich den überwältigenden Einflüssen einer fremden Nationalität erliegt, wie ehedem das griechische Volk in politischen und rechtlichen Dingen der römischen Art unterlag, oder wenn ein Volksthum in freier Selbstentwickelung, aber im Uebermaß sich einem fremden Recht ergibt und die ganze Gesetzgebung eines andern Volks recipirt, wie im Mittelalter die Deutschen sich dem *Corpus juris* Justinian's unterthan machten. Dann mengen sich die heterogenen Elemente, und es entsteht ein innerer Kampf, der erst mit völliger Unterdrückung der einen Art oder mit Herausbildung eines neuen gemischten Styls endet; auch im letzteren Falle ist das Recht wieder ein System, wenn auch kein einfaches und originales. Ein solches künstliches System ist unser modernes Privatrecht, welches sich vergleichen läßt mit der englischen, aus Latein und Germanisch gemischten Sprache, die auch ein Sprachganzes geworden ist.

Weil das Recht ein Ausfluß des Lebens ist, so ist auch das System des Rechts ein Abdruck des Karakters des Volks und nicht etwa ein bloßes formales Spiel der Gedanken. Das germanische Recht unterscheidet sich auch im System von dem Recht der Römer: jenes geht von der Verschiedenheit der Genossenschaften und Stände, dieses von der Verschiedenheit der Theile des Rechtsgebiets aus, jenes also gliedert sich nach den Subjekten, dieses vielmehr nach den Objekten. Das römische Recht schied sich in die zwei Positionen des *jus publicum* und des *jus privatum* als in zwei selbständige Hemisphären und hatte für jede ein besonderes System, das eine republikanisch, das andere monarchisch gestaltet. Das römische Familienrecht zeigt als Prototyp die *patria potestas,* der sich ursprünglich selbst die Ehe (*manus*) unterordnen muß, indem sie als Copie oder Spielart der *potestas* behandelt wurde. Auch das römische Erbrecht karakterisirt sich durch einen besonderen Grundzug, indem da das Testament als der primäre, und die Verwandtschaft nur als ein subsidiärer Erbtitel gilt.

B. Man hat viel über das Verhältniß der *aequitas*[1] zum *jus* gestritten. Einmal wird sie dem *jus* gegenübergestellt und dann wieder als *jus* aufgefaßt, oder vielmehr das *jus* als *aequum* (*et bonum*) bezeichnet. Von diesem scheinbaren Widerspruch befreit uns Marcian, indem er das *jus honorarium,* dessen Lebensprincip ja die *aequitas* war, die *viva vox juris civilis* nennt.[2] Das will sagen: von einem in seinen logischen Grundlinien gegebenen Rechtssystem aus, wie es das alte *jus civile* oder *strictum* war, läßt sich weiter gelangen nur mittels neuer schöpferischer Impulse, die sich weder berechnen, noch demonstriren lassen und nicht auf Nothwendigkeit, sondern Freiheit

---

1) insofern unter ihr ein Rechtsprincip verstanden wird. — 2) *in fr.* 8. *de J. et J.* (1, 1).

beruhen. Da kann etwas so und auch anders seyn, und es ist freie That und Wahl des Rechtssinns im Volke und seinen Vertretern, wenn das Recht auf dieser Bahn freier Gestaltung und Entfaltung über seine bisherige Fläche (Niveau) emporgehoben wird und lebendig weiter wächst. Nehmen wir das Compensationsinstitut als Beispiel. Wenn Forderung und Gegenforderung einander gegenübertreten, so gelangen wir, ausgehend vom reinen Begriff der Obligatio, selbst bei tausendjähriger Entwickelung und Ueberlegung, nicht zu dem Satze, daß beide Forderungen sich gegenseitig verzehren: es bedarf dazu vielmehr eines neuen Anlaufs des schaffenden Rechtssinns, der, wie alle schaffende Kraft, ein Etwas aus dem Nichts zur Welt bringt. So ist die *compensatio* eine freie Kreatur des im Edict der Prätoren fortschreitenden römischen Rechtssinns gewesen; das ganze prätorische Recht ist eine Welt solcher freien Schöpfungen. Die Erdklöße, die dabei zu Verwendungen kommen, um das Substrat des Neuen zu bilden, sind freilich schon in der bisherigen Rechtsmasse gegeben und vorräthig gewesen, aber der neue Geist muß ihnen eingehaucht und lebendige Gestalt verliehen werden. Dann erst belebt sich die Welt des Rechts mit einer Generation vollkommnerer Geschöpfe, und die Rechtsbildung schreitet fort. Aber das ist nicht ein logisches Rechenexempel, sondern eine *viva vox* und ein Ruf, der Leben hervorruft, wo bisher leblose Masse war, oder eine That, welche die Summe der inneren und äußeren Voraussetzungen persönlich zusammenfaßt und zu einem lebensvollen Gebilde ordnet.

## VI. Kapitel.

### Die ethische Grenzbestimmung des Rechts.

(Zu § 21—28.)

### I.

### Das Recht neben Kunst und Wissenschaft.

Zu § 21] Ich habe die Phantasie, Energie und Intelligenz als die Entfaltungen der Stimmung, Handlung und Erkenntniß des Menschen bezeichnet; die Ordnungen dieser drei Grundvermögen sind die Kunst, das Recht und die Wissenschaft. Sie gehören wesentlich zusammen: keine Persönlichkeit gibt es, in welcher nicht die Elemente aller drei Vermögen gesetzt wären, und in jedem Lebensmoment und Lebensact wirken sie zusammen. Allerdings kann das eine Vermögen in diesem, ein anderes in jenem Individuum oder Volke, in dieser oder jener Periode des Lebens, bei der oder jener That vorwiegen, mehr in die Augen fallen, oder aber das eine oder das andere Vermögen da oder dort verkümmern, zu schlummern scheinen, überwuchern, ausarten. Aber der Zusammenhang bleibt doch im Ganzen und Großen, weil er ein allgemeines Postulat des persönlichen Geisteslebens ist. So können wir sagen, daß sie coordinirte Grundvermögen sind; keines verdient geistig einen absoluten Vorzug vor dem anderen.

Man kann die Frage aufwerfen, wie diese drei Grundvermögen sich geschichtlich im Leben der großen Kulturvölker verhalten. Im hellenischen Volksgeist waltete die Phantasie vor, darum sind die Hellenen das Volk der Kunst; im römischen Volksgeist herrschte die Energie, darum sind die Römer das Volk des Rechts; der germanische Volksgeist hat eine besondere Anlage zur Intelligenz, darum erblüte bei den germanischen Völkern die Wissen-

schaft, und unter den modernen Nationen wiederholt sich der Dreiklang des Geisteslebens in den Franzosen, Briten und Deutschen, welche in Kunst, Politik und Wissenschaft die Choragen des neuen Kulturlebens sind. Aber diese Vertheilung der Kräfte ist keine Scheidung. Allenthalben berührt sich die Energie mit der Phantasie und Intelligenz und geht interessante und folgenreiche Verbindungen mit ihr ein. Wie in der Kindheit des Volksthums das Recht sich in den faltenreichen Mantel der Phantasie zu hüllen liebt, zeigt uns das germanische Rechtsleben mit seinen Bildern, Symbolen, Emblemen, Cäremonien, Sinnsprüchen, Sprüchwörtern und Formeln, welche Jac. Grimm[1] die Poesie im Recht genannt und unvergleichlich geschildert hat. Rom's Rechtsgeschichte dagegen verräth auffallend wenig Phantasie und Poesie, der politische Verstand hat dort frühzeitig den Blüten- und Schmetterlingsstaub der Rechtsymbolik abgestreift; das *caput* und die *manus,* die *hasta* und *corona,* die *gleba pro tribunali* und der *jactus lapilli* spielen nur wie leise Nachklänge aus entschwundner Kindesherrlichkeit in die Zeit des nüchternen und straffgeschürzten Systems hinüber. Dagegen ist der römische Rechtssinn einen Bund mit der Intelligenz eingegangen, der in der Zeit der beginnenden Erschlaffung Rom's sich fast wie ein Wunder ausnimmt: das Kind dieses Bundes ist die römische Jurisprudenz, welche sich zu den Productionen des Edicts, wie der Sommer zum Frühling, verhält und so eminent, wie zu keiner Zeit und bei keinem Volke wieder, befruchtend auf das Rechtsleben gewirkt hat. Also Kunst und Wissenschaft gehen nicht immer theilnahmlos am Recht vorüber, sondern in tausend wechselseitigen Handreichungen erhebt sich die Einheit des Geistes hoch über die einzelnen Regionen.

## II.

## Das Recht neben Religion, Moral und Sitte.

Zu § 23] Gott als absoluter Anfang und schöpferischer Urgrund ist das Princip des menschlichen Lebens und Wesens, also das Ziel unserer lebendigen Hingabe und die lebendige Norm unseres Wesens. Religion und Moral sind die Entfaltungen dieses Ziels und dieser Norm. Sie halten den menschlichen Geist im Zusammenhang und Einklang mit dem göttlichen Geist.

Die Liebe ist die Grundkraft der Religion, das Band der Vollkommenheit, in dem Sinne, wie es heißt, daß Gott die Liebe, und daß das Gebot der Liebe das königliche Gesetz sei (*Jac. 2, 8*). Die Tugend ist der Grundbegriff der Moral, der Maßstab der Vollkommenheit, und die Tugendlehre gipfelt in dem Satze: Seid vollkommen, gleichwie euer Vater im Himmel vollkommen ist (*Matth. 5, 48*) — Ihr sollt heilig seyn, denn ich bin heilig, der Herr euer Gott! (*3. Mos. 19, 2*). Also hängt die Moral an der Religion und ist deren Dependenz; ist die Moral der Tugendspiegel, so kann die Religion der Tugendhebel oder die Tugendleiter genannt werden.

1) In der religiös-moralischen Kraft wurzeln und gipfeln alle Kräfte des Menschen. Religion und Moral erheben das endliche Wesen der Menschheit in das Licht des ewigen Wesens und durchdringen oder sollen durchdringen

1) Deutsche Rechtsalterthümer (2. Ausg. 1854.) und Von der Poesie im Recht (Zeitschr. f. gesch. R.-W. II. S. 25 ff.). In dieser Abhandlung sagt der germanistische Altmeister u. A.: „Dass Recht und Poesie aus Einem Bette aufgestanden waren, hält nicht schwer zu glauben. — Es liegt mir ausser Zweifel, dass unsere Gesetze im frühesten Alterthum wirklich nichts anderes, wie Sagen und Geschichten metrisch in Lieder gebunden waren.“ Vergl. auch die interessante und reichhaltige Schrift von Chassan, *Essai sur la symbolique du droit, précédé d'une introduction sur la poésie du droit primitif* (Paris, 1847) und v. Ihering, Geist II. § 45. 47.

mit diesem Himmelslichte die irdischen Lebensbereiche der Kunst, des Rechts und der Wissenschaft gleicherweise; sie bilden den ächten Ausgangs-, Mittel- und Endpunkt des menschlichen Lebens, und die Geschichte der Völker zeigt, daß das Recht — gleichwie die Kunst und die Wissenschaft — sich in seinem geschichtlichen Ursprung aus dem Schooße der Religion erhebt, im weiteren Verlauf seiner Entwicklung vielfach religiöser und moralischer Elemente sich bedient und bedarf, und in seiner Vollendung wieder zur Höhe religiöser Verklärung hinanstrebt. Die römische Rechtsgeschichte beginnt mit dem *fas*, lehnt sich an die *sacra*[1] und endet mit der Christianisirung; der Sachsenspiegel ruht auf specifisch christlicher Weltanschauung und schließt in ihr die Entwicklung des rein germanischen Lebens ab.

2) Die Glaubenskraft im Menschen ist ein durch die ganze Persönlichkeit gehender Zug des göttlichen Ebenbildes in uns zu dem göttlichen Urbilde über uns; dieser durchgehende Zug und innerste Lebenstrieb ist nicht bloß ein Spiel der Phantasie, nicht bloß ein Geschäft der Intelligenz, sondern geht die Person in ihrer lebendigen Totalität an, und vermöge dieser ihrer Bedeutung für den menschlichen Geist üben Religion und Moral einen mehr oder weniger maßgebenden Einfluß auf die Energie so gut, wie auf die Phantasie und Intelligenz; diese finden in jenen ihr Fundament, Rectorium und Finale. Eine solche Rolle spielt die Moral nicht bloß dem Recht, sondern auch der Kunst und Wissenschaft gegenüber, es gibt unsittliche Triebe und Bestrebungen auch im Bereiche der letzteren, und daher ist es falsch, die Moral auf den Bereich des Willens einzuschränken und sie begrifflich nur gegenüber dem Recht abzugrenzen.

3) Die Moral hat es ferner mit der inneren geistigen Seite der Handlungen, das Recht mit der sinnlichen Manifestation des Willens zu thun. Für die Moral kommen die Handlungen nur als Symptome, Consequenzen und Früchte des Willens, für das Recht aber der Wille nur, sofern er sich in äußere Thatsachen umsetzt, in Betracht. Darum wägt die Moral nur die Triebfedern und überläßt die Handlungen im Uebrigen dem Votum des Anstands und des Rechts; das Recht aber geht an den Triebfedern und Entschlüssen, die nicht zur That geworden sind, theilnahmlos vorüber, und mit allen seinen Mitteln reicht es doch nie bis ins Innere der Menschenseele, wo der Sitz des Willens ist. Es liegt in der Natur des Rechtssinns, der die Aufgabe hat, die Aeußerungen des Willens zu normiren, daß ihm auch ein Streben nach Erzwingbarkeit der Rechtsregeln inwohnt; dieses Streben wäre ein unerklärliches und erfolgloses, wenn die Aufgabe des Rechts da läge, wo die der Moral liegt. Moral und Zwang sind unverträglich, Recht und Zwang dagegen stehen in Wahlverwandtschaft, wenn auch das Kriterium des Rechts nicht in der Erzwingbarkeit gefunden werden kann.[2] Die Wesensunterscheidung von Recht und Moral ist, wie oben geschehen, tiefer zu begründen.

4) Endlich ist für das Verhältniß zwischen Recht und Moral zu berücksichtigen, daß die Moral in der Sitte ihren Ausdruck findet. Sittlichkeit und Sitte hangen nicht bloß sprachlich, sondern sachlich zusammen. Unlautere Moral führt zu laxen Sitten, eine abgeklärte Moral zeigt sich in ehrbaren Sitten. Dieses Gewand, das die Moral im Leben trägt, gehört also der Außenwelt an und berührt sich hier oftmals und eng mit dem Recht, das ja die Norm des in die Außenwelt tretenden Willens ist. Die Berührung ist oft so

1) Vergl. *Cicero de divinit.* 1, 16; *Ulpian* in *fr.* 1. 10. § 2. *de J. et. J.* (1, 1).
2) Vergl. oben Kap. I. No. II. A. 3.

nahe, daß sie zu verschwimmen scheinen, und der Eine das Sitte nennt, was dem Anderen Recht scheint; auch kann der gesellschaftliche Druck der Sitte innerhalb geschloßner Lebenskreise so stark seyn, daß sie mehr Zwang übt, als die stärkste Rechtssanction, und selbst der Staat oder die Gemeinde kann sich gedrungen fühlen, durch polizeiliches und legislatives Einschreiten der gefährdeten Sitte zu Hilfe zu kommen.[1] Trotzdem bleibt der Unterschied, daß die Sitte Ausdruck der Moral und eine Pertinenz des Freiheitsgebiets ist, während das Recht Ausdruck einer *opinio necessitatis* ist und sich mit einem Zwangsapparat auszustatten trachten muß, der nur ausnahmsweise und vorübergehend gänzlich fehlen wird.

## VII. Kapitel.

### Die Erkenntniß des Rechts.

(Zu § 24—27.)

### Interpretation, Kritik, Analogie, Construction und Speculation.

A. Grundlage und Ausgangspunkt aller Rechtswissenschaft ist die Erlernung des vorhandenen Rechts; was durch Erlernung erreicht werden kann, nennen wir Rechtskunde im gewöhnlichen Sinne. Wer dabei stehen bleibt, wird nur ein Stümper in seinem Fach seyn und sich vom Laien nur durch Leistungen des Gedächtnisses unterscheiden.[2]

B. Bloße Erlernung ist noch nicht Aneignung des Stoffs im wahren Sinne. Nur der eignet sich den aufgenommenen Stoff völlig an, welcher ihn durch eigne geistige That erwirbt und verarbeitet und sich frei über ihn erhebt. Als solche eigne und freie That erscheint zunächst die Interpretation oder Auslegung; sie ist die erste Stufe dessen, der sich der Rechtsmasse intellektuell zu bemächtigen anschickt.

1) Die Auslegungskunst wird nicht bloß vom Juristen, sondern auch vom Theologen und Philologen geübt; sie ist eine allgemeine Hilfswissenschaft. Innerhalb des Rechtsbereichs aber hat sie sich mit dem Gewohnheitsrecht[3] ebenso, wie mit den Gesetzen, und nicht bloß mit den Rechtssätzen (*leges* im publicistischen Sinne), sondern auch mit den Rechtsgeschäften (*leges contractus*) und richterlichen Entscheidungen zu befassen.[4] In der Regel versteht der Jurist unter Auslegung die auf den Text der Gesetze bezügliche Arbeit der Wissenschaft; in den gewöhnlichen Definitionen findet sich nur diese Anwendung.

2) Eine Vorbedingung der Auslegung ist die Kritik, d. h. die Ermittelung des ächten Wortlauts des Gesetzes, m. a. W. die Feststellung seines Textes, welche in sammelnder, anordnender, reinigender und ergänzender Thätigkeit besteht.[5] Sie wird unter (juristischer) Hermeneutik im weitern Sinne mitbegriffen.

3) Die Auslegung im obigen Sinne ist freie intellektuelle Operation, und ihre Resultate binden den Richter nur, insofern sie ihn überzeugen.[6] In die-

1) Man denke an die Luxus-, Kleider- und Leichenordnungen im alten Rom und in den mittelalterlichen Städten.

2) Grosses Beispiel ist die mechanische Erlernung des Röm. Rechts auf deutschem Boden in den Städten: s. Stintzing, Gesch. d. popul. Literatur d. römisch-canon. R. (1867) S. XXXVIII. und Moddermann, d. Reception d. R. R. (1875) S. 48.

3) D. h. mit den einzelnen Uebungsakten, die gleichfalls zu interpretiren und bald mehr, bald weniger deutlich sind.

4) Vergl. v. Ihering Geist, Thl. II. S. 475 ff. (3. Aufl. S. 449 ff.).

5) Vergl. v. Savigny, System, Bd. I. S. 241 ff. — 6) Vergl. v. Savigny a. a. O. S. 209.

sem Sinne ist die s. g. Legalinterpretation, welche durch einen Akt der Gesetzgebung (authentische J.) oder im Wege des Gewohnheitsrechts (usuelle J.) bewirkt wird, keine wahre Auslegung, denn indem sie bestehende Rechtsvorschriften auszulegen scheint, stellt sie im Grunde neue Rechtsvorschriften auf, welche nicht um ihrer innern Richtigkeit[1], sondern äußern Autorität willen gelten.

4) Die wahre Auslegung ist nur die doctrinelle. Dieselbe sucht das Resultat theils mit den Mitteln des sprachlichen Verständnisses (s. g. grammatische), theils aus dem äußeren und inneren Zusammenhang des Gesetzesinhalts (s. g. logische) zu gewinnen. Sie ist aber je nach dem Verhältniß ihres Resultats zu dem einfachen Wortsinn entweder *a*) einschränkende, welche zu einem engern Sinn gelangt, als der einfache Wortsinn ist, oder *b*) ausdehnende, welche zu einem über den einfachen Wortsinn hinausgehenden Sinn gelangt, oder *c*) erklärende, welche bei mehrdeutigem Wortlaut (Amphibolie) den richtigen Sinn auswählt.

C. Die zweite Stufe der Aneignung ist die Verarbeitung der Rechtsmasse, wodurch ihr gedankenmäßiger Zusammenhang bloßgelegt wird. Das Resultat dieser Arbeit ist, daß die Rechtssätze in Lehrsätze gewandelt werden, m. a. W. daß Rechtslehren an die Stelle von Rechtsregeln treten, und die einzelnen Theile der Masse in denjenigen Aggregatzustand gelangen, in welchem ihr theoretischer Werth die rechte Würdigung findet. Diese Arbeit vertieft den Blick und läßt ihn durch die Oberfläche der Rechtsmasse in die im Innersten des Rechtslebens wirkenden Kräfte dringen. Durch sie wird die *scientia* zur *ars* erhoben[2], in ihr werden die *Jurisconsulti* zu *juris conditores.*

Ich unterscheide auf dieser Stufe drei Operationen, die des Sonderns, Bauens und Entdeckens und bezeichne die zwei ersten mit Construction[3], die dritte mit Invention. Unter diesem Gesichtspunkt und an dieser Stelle reihe ich die s. g. Analogie in die theoretische Begriffslinie ein. Es fragt sich, wie das zu verstehen ist, wie die Analogie sich von ihrer Stiefschwester, der Extensivinterpretation unterscheidet (vergl. oben sub B. 4. b.), und wo die Grenze zwischen der Invention und Production von Rechtssätzen liegt.

1) Wie sich die einzelnen bekannten Theile der gegebenen Rechtsmasse begrifflich von einander unterscheiden, und wie sie sich in der lebendigen Anschauung und praktischen Handhabung zu einander verhalten: das zu zeigen, ist die Aufgabe der juristischen Construction; die Analyse ist darin die Voraussetzung der Synthese und diese die Erfüllung der ersteren. Mit der Analyse wird nur Kritik und ein negativer Gewinn erreicht; für das Leben verwendbare Resultate und einen positiven Gewinn erzielen wir erst mittels der Synthese. Wie nun verhält sich zu dieser Doppelleistung die Arbeit der Jurisprudenz, welche ich die juristische Invention nenne? Sie ist nicht Zurechtlegung bekannter Stoffe, sondern Ergänzung des bekannten Vorraths durch Auffindung unbekannter Stoffe. Gerade im Lauf des Construirens wird sich zeigen, wo einzuschlagen ist, um die verborgenen Schätze zu heben und den

1) Die möglicher Weise sogar bestritten oder widerlegt ist. — 2) *Cic. Brut.* 41.

3) Vergl. v. Ihering Geist, II. S. 384 ff. (3. Aufl. S. 358 ff.). Es ist neuerdings Mode geworden, die Analyse, d. h. die Arbeit des Sonderns und Zerlegens zu betonen; indess ist das nur die eine Hälfte der Construction; auch die Synthese, d. h. die Arbeit des Verbindens, Bauens und Combinirens gehört ganz wesentlich dazu. Niemand wird das Auflösen eines Wortes in seine Buchstaben, eines Satzes in seine Worte, allein Construiren nennen, sondern dazu die Ermittelung der Kräfte, lautlichen und psychologischen Gesetze und Gesichtspunkte rechnen, wodurch und wonach die einzelnen Buchstaben sich zum Wort, die Worte sich zum Satz fügen.

gelegten Keimen Luft und Nahrung zuzuführen, und die Methodik des Construirens wird zugleich den richtigen Maßstab abgeben für diese Arbeit, welche darum die naturgemäße Begleiterin der Construction ist.

2) Aber ist nicht auch die s.g. Extensivinterpretation eine Gewinnung verborgener Rechtssätze? In der That gleicht dieselbe der juristischen Invention (oder Analogie) insofern, als beide über den einfachen Wortsinn des Gesetzes hinausgehen. Allein die Extensivinterpretation geht nur über die scheinbare, die Invention über die wirkliche Willensmeinung des Urhebers der Rechtsquelle hinaus; jene ermittelt (reconstruirt) daher nur, diese ergänzt (supplirt) den Sinn des Gesetzes[1]. Beide können als Entfaltung (Explication) der Rechtsmasse vorgestellt werden: allein die eine fördert gewollte, aber unausgesprochene —, die andere fördert Rechtssätze, die ohne nachweisbaren Willen des Gesetzgebers sind, zu Tage; jene gewinnt den Rechtssatz aus der bestimmten und bewußten Willensmeinung —, diese aus der allgemeinen und unbewußten Willensrichtung des Gesetzgebers; jene greift nur über den nächsten Wortlaut, diese auch über den nächsten Sinn des Gesetzes hinaus[2]. Dort hat man es mit unvollständigem Ausdruck, hier mit unvollständigem Gedanken zu thun. Man sagt wohl, die Extensivinterpretation gebe das, was der Gesetzgeber setzen wollte, die Invention (Analogie) aber das, was er hätte setzen sollen; genauer ausgedrückt besteht das Wesen der Invention darin, daß sie solche Rechtssätze hinstellt, welche der Gesetzgeber, wenn er an sie gedacht hätte, consequenter Weise schon damals (d.h. bei der Entstehung des Gesetzes) aufstellen mußte, oder wenigstens nunmehr — wofern er jetzt (unter etwa veränderten Lebens- und Proceßverhältnissen) das Gesetz zu fassen hätte — aufstellen müßte. Es genügt also nicht, zu fragen, ob er es aufstellen würde, sondern ob er es consequenter Weise — d. h. ohne unnatürlich, widerspruchsvoll, unvernünftig oder zweckverfehlend zu seyn — aufstellen müßte.

3) Daß die Invention (Analogie) sich von der Construction und der Interpretation unterscheidet, haben wir gesehen; haben wir sie damit nicht in die Region des Schaffens erhoben? Nein! Denn sie legt nicht neuen Grund, sondern bewegt sich auf der gegebenen Grundlage; sie entdeckt, aber bringt nicht aus dem Nichts hervor und setzt nicht neue Anfangspunkte der Rechtsanschauung; sie ergänzt das Recht aus dem Recht selbst (durch die Vertreter der Rechtswissenschaft), aber führt nicht das Recht über sich hinaus, was nur die Urheber des Rechts vermögen; sie ist also ein Finden, aber nicht Schaffen; sie zeugt nicht, sondern ist nur Geburtshelferin. Die Jurisprudenz grenzt allerdings in dieser Provinz ihres Reichs fast unmittelbar an die Region des Schaffens, doch unterscheidet sie sich erkennbar von der Art und Kraft der eigentlichen Rechtsquellen. Die Linie ist scharf und klar; allerdings kann sie von der Wissenschaft überschritten werden, aber nicht aus eigner Kraft und Anlage, sondern wenn sie die leitende Staatsgewalt im Rücken hat, von der sie die Aufgabe und Machtvollkommenheit empfängt, schaffend auf die Rechtswelt einzuwirken und die Masse zu mehren. So die römischen Juristen, denen

---

1) Die feine und schwierige Unterscheidung von Rechts- und Gesetzesanalogie gehört in das Pandektenrecht.

2) Beispielsweise erachte ich es als Extensivinterpretation, wenn unter Umständen das Wort *filii* auf *filias*, das Wort Kinder (*liberi*) auf Nachkommen überhaupt (*cf. fr.* 1. 52. 101. § 3; *fr.* 116. *de V. S.*; *fr.* 65. § 6; *fr.* 84. 163. 172. *de leg. III.*), das Wort *tignum* auf allerlei Baumaterial (*fr.* 62. *de V. S.*) erstreckt, das Edict vom *ex naufragio rapere* auch von gewissen Fällen des *ex litore rapere* verstanden wird (*Gai. fr.* 5. *eod.*: „*interpretationem*"). Dagegen ist es analoge Rechtsanwendung, wenn Labeo das Edict vom *rapere nave expugnata* auch von *domus* verstanden wissen will (*fr.* 3. § 2. *eod.*), oder wenn wir den Rechtssatz *domus non perdit* auf Schiffe anwenden, oder wenn die *lex Aquilia* auch auf Fälle eines *damnum corpori, sed non corpore datum* ausgedehnt wurde.

das *jus publice respondendi,* der Sitz im *auditorium Principis* und die nachträgliche Sanctionirung ihrer Schriften durch Konstantin und Theodosius II. zu Theil ward. Dann ist es die gesetzgebende Gewalt im Staate, welche eine Verbindung eingeht mit der Rechtswissenschaft in ihren Vertretern. Solche patentirte Wissenschaft verhält sich zur freien Jurisprudenz genau so, wie die Legalinterpretation zur Doctrinalinterpretation (s. oben sub B.).

D. Aber auch abgesehen von der besonderen Gunst der Staatsgewalt vermag die Jurisprudenz auf einer ihrer obersten Stufen dem Schaffen Aehnliches zu leisten. Dies thut sie heutzutage, indem sie das ausübt, was ich juristische Spekulation nenne. Im Bunde mit der Philosophie und Geschichte sucht sie die Ideale einer vollkommensten Rechtsordnung, im Bunde mit der Geschichte, Völkerkunde und Statistik erweitert und sichert sie den praktischen Blick und stellt sich den Urhebern des Rechts bei ihrer Thätigkeit des Schaffens zur Seite, um ihnen Maßstab, Prüfstein und Zielpunkt des Schaffens vorzuhalten und sie hier anzuregen und dort zu temperiren (Philosophie, vergleichende Wissenschaft und Politik des Rechts)[1].

E. Ueberblicken wir die zurückgelegte Bahn! Die niedere Rechtskunde, die den *juris peritus* macht, beruht auf Erlernung, wozu die gewöhnliche Erfahrung und Praxis hinzukommen kann. Mit der Interpretation, welche die Sache des *jurisconsultus* ist, beginnt die freie Arbeit der Wissenschaft; sie will die Rechtsmasse ermitteln. Die Construction und Invention vereinigen sich, die durch die Interpretation gewonnene Masse zu verarbeiten; wer sie treibt, ist *juris conditor.* Endlich gesellt sich die Speculation hinzu, welche die Rechtsmasse verklärt und die Theorie zum Abschluß bringt; indem sie das Schaffen controlirt und zum Schaffen anregt, trägt sie mittelbar zur Mehrung der Rechtsmasse bei; wer sie übt, kann als *juris auctor* bezeichnet werden. Und damit sind wir an der äußersten Grenze der reinen Rechtstheorie angelangt; was darüber hinausliegt, fällt unter den Gesichtspunkt wirklichen Schaffens und in den Bereich der Rechtsquellen, sofern darunter die Originalfaktoren der Rechtserzeugung verstanden werden (s. oben Kap. IV. No. III.)[2].

Wollen wir das Gesammtverhältniß der juristischen Theorie im Bilde uns vorführen, so möchte ich sagen: Die niedere Rechtskunde ist der Aufstieg zur eigentlichen Theorie und die Interpretation der Vorhof derselben. Die Halle selbst, d. h. ihr Aufbau und ihre Wölbung, wird von der Construction und der Invention (Analogie) gebildet; das nöthige Licht aber gießt die Spekulation über den ganzen Bau und seine Glieder; sie vermittelt auch die Perspektiven in andere Regionen des Geisteslebens und vollzieht jene höchste Leistung, welche in der römischen Definition der Jurisprudenz als *rerum divinarum humanarumque notitia, justi atque injusti scientia* angedeutet ist.

---

1) Ich möchte daneben noch eine Rechtsstatistik gestellt und ausgebildet sehen. Die Rechtspolitik arbeitet an der Hebung, die Rechtsstatistik an der Messung des Rechtszustands; auch die letztere ist wichtig genug und sollte für die Gesetzgebung mehr ausgebildet und verwerthet werden. Wie wichtig wäre es z. B. für die Entwerfung des Reichscivilcodex, wenn man anführen könnte, wie viel Pupillarsubstitutionen, Privattestamente, in welchen Berufskreisen Jahrgebungen in Deutschland vorkommen.

2) In diesem Sinne war der römische Prätor im Edict Schöpfer, als Organ der *aequitas* (s. oben Kap. V. sub B.).

# Zweiter Abschnitt.

# Geist und Studium des römischen Rechts.

## VIII. Kapitel.

### Die Bedeutung und Reception des römischen Rechts.

(Zu § 28—30.)

A. Das politische Ethos Rom's bildet die nothwendige Ergänzung des hellenischen Ethos, mit welchem der occidentale Geist seinen großen civilisatorischen Triumphzug begann. Nur in der Kunst, nicht im Staats- und Rechtswesen, hatte es der hellenische Genius zur vollen Verschmelzung und fruchtbaren Einigung des dorischen und ionischen Volksthums gebracht; den Römern aber gelang die Mischung der extremen Temperamente, diese einzige Gewähr politischer Dauerhaftigkeit und historischer Stetigkeit. So stetig Stufe für Stufe, wie der künstlerische Geist bei den Hellenen, entfaltete und bethätigte sich der juristische Geist bei den Römern, und die Grenzlinie, welche jener Geist gegenüber dem materialistischen Barbarenthum zu ziehen anfing, mußte von diesem Geiste weiter geführt werden.

*Cic. de Orat. 1, 1: „Plurima in omni jure nostro antiquitatis est effigies et prisca verborum vetustas."*

*Cic. de republ. 2, 1: „Ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus, quod nostra respublica non unius esset ingenio, sed multorum, nec unius hominis vita, sed aliquot constituta saeculis et aetatibus."* [1]

*Cic. de orat. 1, 44: „Quantum praestiterint nostri majores prudentia ceteris gentibus, tum facillime intelligetis, si cum illorum Lycurgo et Dracone et Solone nostras leges conferre volueritis. Incredibile est enim, quam sit omne jus civile, praeter hoc nostrum, inconditum ac paene ridiculum.*

Otto von Freisingen *Chronic. lib. 3. prol. (p. 122): „Hoc jam solvendum puto: quare unius urbis imperio totum orbem subjici, unius urbis legibus totum orbem informari, dominus orbis voluerit."*

Luther: (*Opp. Jen. VI. p. 156*): „Und was darf's viel Worte, das Kayserliche Recht, nach welchem das Römische Reich noch heutiges Tags geregiert wird, ist ja nichts anders denn heidnische Weisheit, welches die Römer, ehe denn Roma von Christo gehöret hat, gesetzt und geordnet haben. Und ich acht' wohl, wann itzt alle Juristen in einen Kuchen gebacken und alle Weisen in einen Trank gebraut würden, sie sollten nicht allein die Sachen und Händel unangefasset lassen, sondern auch nicht so wohl davon reden noch denken können. Denn solche Leute haben sich in großen Händeln müssen üben, sind darzu mit großer Vernunft und Verstand begabt gewesen. Summa, sie haben gelebt und werden nicht mehr leben, die solche Weisheit im weltlichen Regiment gehabt haben."

Melanchthon *Or. de dignitate legum (Select. declam. I. p. 247)* und *Or. de vita Irnerii et Bartoli (II. p. 411): „Nam mihi aspicienti legum libros et cognita pericula Germaniae saepe totum corpus cohorrescit, cum reputo,*

---

1) Vergl. dazu v. Ihering Geist d. R. R. I. § 20. S. 309. (3. Aufl. S. 334).

*quanta incommoda secutura sint, si Germania propter bella amitteret hanc eruditam doctrinam juris et curiae ornamentum.*" „*Nam hac remota ne dici potest, quanta in aulis tyrannis, in judiciis barbariës, denique confusio in tota civili vita secutura esset.*"

Leibnitz (*Opp. I. ep. ad. div. 119, p. 170.* und *IV, 3, p. 267*): „*Ego Digestorum opus vel potius auctorum, unde excerpta sunt, labores admiror, nec quidquam vidi, sive rationum acumen sive dicendi nervos species, quod magis accedat ad mathematicorum laudem.*" „*Dixi saepius, post scripta geometrarum nihil extare, quod vi ac subtilitate cum Romanorum Jureconsultorum scriptis comparari possit, tantum nervi inest, tantum profunditatis.*"[1]

B. Die s. g. Reception des römischen Rechts und namentlich die Intensität und Ausdehnung dieses ethischen Processes auf deutschem Boden ist eine der merkwürdigsten Erscheinungen in der Culturgeschichte. Sie ist ein Zeichen der Ergänzungsbedürftigkeit der großen Nationen; sie beweist, daß Ideen länger leben als Völker; sie durchbricht alle regelmäßigen Kategorien, welche von der Theorie der Rechtsquellen aufgestellt sind (s. oben Kap. IV. Nr. III.); sie enthält eine der vielen imposanten Fictionen, mit denen der Geist des Mittelalters oft unklar, aber immer großartig, gearbeitet und gewirthschaftet hat. Ich nenne es eine Fiction, wenn der Satz theoretisch zur Herrschaft kam, daß das römische Recht *in complexu* recipirt sei: denn ganze und wichtige Gesellschaftskreise unsres Volks haben nie aufgehört, dagegen zu protestiren; im Landleben namentlich ist das römische Recht niemals zur Herrschaft gekommen, bevor die neuere (partikulare) Gesetzgebung die Nivellirung von Stadt und Land sanctionirte; sammelt man die Masse romanistischer Irrthümer, welche sich durch die deutsche Praxis aller Jahrhunderte hinziehen und trotz besserer Erkenntniß des römischen Rechts Stand gehalten haben: so erhält man ein System abweichender Grundsätze, welche den deutschen Geist im unaufgegebenen Kampfe mit dem römischen Geiste zeigen; das preußische Landrecht ist eine mächtige Mauer, an welcher sich noch immer die Brandung der römischen Wellen bricht. Nur in der Theorie schwang das Dogma von der Reception *in complexu* sein Scepter, und darum sage ich, daß es im Grunde auf eine Fiction hinauskommt, über die man erst dann ein richtiges Urtheil gewinnen wird, wenn wir von der formalen Geltung des Justinianischen Rechts werden frei geworden seyn.

Die Fiction schwebte freilich nicht ganz in der Luft; das ist bei keiner der im Rechtsleben geltenden Fictionen der Fall. Betrachten wir daher in Kürze die realen Factoren, welche den Hintergrund jener Fiction bildeten[2].

Ich unterscheide zwei Perioden der Reception. In der ersten, die man die idealistische nennen kann, waren es zeitbeherrschende Ideen, welche den Verbindungsfaden zwischen Rom und Deutschland, zwischen Alterthum und Mittelalter spannen. Das Kaiserthum auf deutschem Throne war Ausdruck und Hebel des Gedankens, daß man die Erbschaft Rom's angetreten habe, und

1) Vergl. dazu Schilling, Lehrb. f. Instit. u. Geschichte I. § 20.

2) Vergl. über die Reception in Deutschland Schäffner das Röm. R. in Deutschland während des 12. u. 13. Jahrh. (Erlangen 1859); Franklin, Beiträge zur Geschichte des Röm. R. in Deutschland (Hannov. 1863) u. d. Reichshofgericht i. Mitt.-Alt., 2 Bde (1867—9). Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, I. S. 609—655. II. S. 1—237. u. Stintzing, Geschichte d. populären Literatur des röm.-canon. R. in Deutschl. im 15. u. 16. Jahrh. (Leipz. 1867). Schmidt, d. Reception d. R. R. in Deutschland (Rost. 1868). Moddermann, d. Reception d. R. R. Uebers. v. Schulz (Jen. 1875). Schulz Ueb. Muther Z. Gesch. d. Rechtswiss. u. der Univers. in Deutschl. (1876) in d. krit. Viertelj.-Schr. XIX. (1877) S. 190 fg. Fitting über Moddermann in Grünhut's Zeitschr. II. S. 768 fg.

die Gesetze Rom's die Gesetze des römischen Reichs deutscher Nation seien. Man hatte die römische Rüstung und römische Sprache übernommen, die Ritter hatten die Aufgabe der römischen *milites* geerbt, und Rom, die Vermittlerin der Civilisation für die germanischen Stämme seit Theodorich dem Gr., hatte seinen alten Beruf und Ruhm in dem römischen Katholicismus fortgesetzt, der nun Jahrhunderte lang die christliche Cultur vertrat und ausbreitete. So waren in der Anschauung und Gewohnheit der Zeit Rom und Cultur verwachsen, und „Kaiserrecht", d. h. römisches Recht, bedeutete ein cultivirtes Recht im Gegensatz zu den rohen, verwickelten und partikulären Rechtsbildungen.

In der zweiten Periode, die man die naturalistische nennen kann, waren es wirthschaftliche Bedürfnisse, welche das fremde Recht dem einheimischen Leben näher brachten. Den romanistischen *Doctores juris* kamen die deutschen Städte halben Wegs entgegen; diese Städte wurden zu Laboratorien, in denen das römische Recht assimilirt ward. Bürgerthum und Stadtleben und Mobiliar- und Geldwirthschaft entwickelten sich seit dem 13. Jahrhundert auch auf deutschem Boden so reich und rasch, daß der Rechtssinn nicht allenthalben Schritt hielt. Für die Bedürfnisse des neuen städtischen Rechtslebens sah man sich daher nothgedrungen nach vorhandenen Schatzkammern um[1]. An Entlehnungen (Mutter- und Tochterrechte) gewöhnt nahm man das aufgespeicherte Kapital an, welches die Glossatoren und Doctoren boten; war ja doch das römische Recht auch ein auf städtischem Boden großgewachsenes Recht, ein Recht, in welchem die Mobiliar- und Geldwirthschaft ihren classischen Ausdruck gefunden; ein Recht, welches in einer Weltstadt, dem Vorbilde aller Weltstädte, seine Reife gewonnen; ein Recht, welches zugleich durch eine glänzende wissenschaftliche Entwickelung geläutert und in eine den Gebildeten aller Zeiten genießbare Form gebracht war. Zurückstoßung dieses Rechts zu dieser Zeit wäre ein Akt der Rohheit gewesen, und so ist es gekommen, daß das erstorbene Recht Rom's, gleichwie das der Mumie entrissene Samenkorn, zu neuem Leben gedieh, und die Herrscherkraft Rom's noch ein Mal auf dem Gebiete des Geistes sich bethätigte. Der Deutsche beugte seinen Nacken; jene Fiction, die ich schilderte, ist das Joch; unserer Zeit aber ist die Aufgabe gestellt, das Zwangsjoch in einen freien Bund der Geister zu wandeln.

Im staatsrechtlichen Bereiche wiegt das einheimische (germanische), im civilrechtlichen Bereiche das römische Element vor, während im handelsrechtlichen und processualen Bereiche das germanische und antike Element als paritätische Factoren in den Mischungsproceß eingetreten und ins Gleichgewicht gekommen sind.[2]

## IX. Kapitel.

### Das *Corpus juris.*

(Zu § 31—33.)

### Citirweise, Handschriften und Ausgaben des *Corpus juris,* insbesondere der Institutionen.

Die Darstellung im Cursus enthält eine theilweise Anticipation dessen, was am Ende der Rechtsgeschichte[3] im weiteren geschichtlichen Zusam-

1) s. v. Martitz, d. ehel. Güterrecht d. Sachsenspiegels S. 372 und Stobbe, krit. Viertelj.-Schr. XI. S. 17 ff.

2) Ueber die mit der Reception zusammenhängende juristische Literatur und Schulenfolge vergl. die Lehrbücher des Pandektenrechts. — 3) s. den III. Theil: nachclassisches Recht.

menhange auszuführen ist. Hier kommt es darauf an, vorläufig über die nothwendigsten Voraussetzungen des einfachen Handgebrauchs des *Corp. jur. civ.* zu orientiren.

Das Verhältniß der Hauptheile untereinander anlangend, so liegt der Schwerpunkt des Codificationswerkes in den Digesten und dem Codex, welche „*jus ac leges*“ im damaligen Sinne, d. h. das wissenschaftliche Juristenrecht und das kaiserliche Constitutionenrecht, jenes in den Digesten, dieses im Codex zu geben bestimmt waren; die Institutionen bilden zu den Digesten die Einleitung, und die Novellen zum Codex einen Anhang.

Bei dem Citiren ist folgendes zu berücksichtigen. In neueren Ausgaben der Institutionen ist der Abschnitt *de servili cognatione,* welcher sonst einen besonderen (den siebenten) Titel des 3. Buchs bildete, als Anhang zum 6. Titel *de gradibus cognationis* gezogen worden, so daß die Ausgaben in der Citirung der Titel von III, 7 an abweichen, die älteren 30, die neueren bloß 29 Titel zählen. — Die wissenschaftliche Differenz darüber, wo das 4. Buch der Instit. eigentlich beginne — nach Hugo sollte es schon mit dem 13. Titel des 3. Buchs beginnen — hat auf die Eintheilung der 4 Bücher in den Ausgaben selbst keinen Einfluß geübt[1].

Die von Justinian in der *Const. Dedit nobis* § 2—8 angegebene Zusammenlegung der 50 Bücher der Digesten in 7 *Partes* entsprach zum Theil herkömmlichen Lehrgruppen; diese *Partes* bleiben beim gewöhnlichen Citiren außer Betracht. — Unter den einzelnen Büchern der Digesten sind durch ihre Benennungs- und Citirweise ausgezeichnet: 1) *lib. 20—22,* welche nach dem Vorgange der späteren Byzantiner Antipapinian genannt wurden, weil sie im Justinianischen Lehrcursus an die Stelle von Papinians Responsen getreten waren; 2) die von Ehe, Tutel, Testament und Legat handelnden *lib. 23—36,* deren Inhalt von den Röm. Juristen als *Quatuor libri singulares* bezeichnet wurde[2]; 3) von den eben genannten Büchern werden die *lib. 30—32,* welche nicht in Titel zerfallen und die übereinstimmende Rubrik *De legatis et fideicommissis* haben, ohne Beisetzung der Buchziffer kurz als *Dig. de legatis I. II. III.* citirt, als ob sie zusammen „Ein Buch mit drei Titeln“ bildeten; 4) *lib. 47* u. *48.,* welche von Verbrechen und Strafen handeln, werden nach Justinian's Vorgang (*Const. Tanta* § 8) als *Libri terribiles* bezeichnet.

In der äußeren Anordnung der Materien folgt der *Codex repet. prael.* im Großen und Ganzen dem Digestenplane[3]. Zu einigen Stellen des Codex finden sich unter der Bezeichnung *Auth.* (*authentica*) Auszüge aus betreffenden Novellen, welche, weil sie Abänderungen des Codex enthalten, seit der Glosse dort eingeschaltet zu werden pflegen; mit ihnen ist nicht zu verwechseln der s. g. *Liber authenticorum,* worunter im Mittelalter die jüngste, 134 Stück enthaltende Novellensammlung verstanden ward[4].

Ueber die Zusammenstellung und Eintheilung der Rechtsbücher Justinian's durch die Glossatoren, sowie die späteren Anhänge (im *Corpus juris civ.*) vergl. unten (Schluß der Excurse: über nachclassisches Recht).

Unter dem maßgebenden Einfluß der s. g. Glossatoren, d. h. der italienischen Rechtslehrer des 12. u. 13. Jahrh., welche die Rechtsbücher Justinian's wieder ans Licht gezogen und zur Grundlage des juristischen Unter-

1) Vergl. Rudorff, Röm. Rechtsgesch. I. §. 111.
2) s. Leist, Gesch. des röm. Rechtssyst. S. 59—70.
3) s. Rudorff a. a. O. § 113. — 4) Vergl. Biener, Gesch. d. Novellen Justinian's (1824).

richts an den Universitäten gemacht hatten, fand die Reception des Röm. Rechts Statt; daher schreibt sich die hohe Bedeutung der Glosse, sowie die während mehrer Jahrhunderte festgehaltene Sitte, in den Ausgaben der Rechtsbücher (des *Corp. jur. civ.*) die Glosse hinzuzufügen. Man unterscheidet danach glossirte und unglossirte Ausgaben; die erste unglossirte Ausgabe des *Corp. jur. civ.* ward zu Paris 1525—1527 (von Chevallon), die letzte glossirte Ausgabe zu Lyon 1627 (von Fehius) besorgt. Unter den glossirten Ausgaben sind die wichtigsten die von Contius und von Dionys. Gothofredus im 16. Jahrh. besorgten, jene in 5, diese in 6 Bänden, theils zu Paris, theils zu Lyon erschienen. Hervorzuheben ist die verbesserte Gothofredische Ausgabe von Lyon 1612, und deren vollständiger Abdruck *opera Fehii* Lyon 1627 (mit Zusätzen aus des Cujacius Noten), beide in 6 Bänden. Unter den unglossirten Ausgaben waren ehemals am meisten verbreitet (namentlich auch durch zahlreiche Nachdrücke) die von Contius, Russard, Charondas, Dion. Gothofredus, die berühmte Ausgabe des Pacius (1580), die vorzügliche des Jocob. Gothofredus (Genf 1624), deren Nachdrücke zum Theil von den Herausgebern (so von Modius und von Simon van Leeuven im 16. u. 17. Jahrh.) mit neuen Anmerkungen ausgestattet wurden. Die unglossirten Ausgaben sind theils mit, theils ohne Noten; zu den ersteren gehören einige von Jac. Gothofredus: die des Modius (insbesondere die s. g. Ausgaben mit verschlungenen Händen, Frankf. 1663 und 1688) und des Simon van Leeuven (insbesondere die erste Originalausgabe Amsterd. 1663); Ausgaben ohne Noten veröffentlichte auch Dion. Gothofredus schon; unter den vielen Nachdrücken derselben sind die besten die mit Elzevir'schen Lettern gedruckten, insbesondere der s. g. *Pars Secundus*, Amsterd. 1663 und 1664. — Die glossirten Ausgaben sind sämmtlich in Folio, die unglossirten mit Noten theils in Quart, theils in Octav, die unglossirten ohne Noten in Octav erschienen.

Neuere Ausgaben mit (vorzugsweise kritischen) Noten sind die von Gebauer und Spangenberg (2 Bde, Gött. 1776. 1797) mit Benutzung von Bemerkungen Brenkmann's und Bynkershoek's, und die von Beck (5 Bde, Leipz. 1825—1835). Ohne Noten (doch bezieh. mit Varianten) sind die Ausgaben von Freiesleben (2 Bde, Colon. Mun. 1720. 1759), welche den Gothofredschen Text aber sehr fehlerhaft gibt, sodann die kleine Ausgabe von Beck (1. Bd Leipz. 1829—1836) und die Kriegel'sche Ausgabe (von Gebr. Kriegel, Herrmann und Osenbrüggen, Leipz. 1828—1843). Durch Gebauer, Beck und Kriegel „sind die Gothofredschen Ausgaben mit ihren zahlreichen Nachdrücken hinsichtlich der Kritik des Textes entbehrlich geworden". Eine neue Epoche in der Kritik ist begründet durch die von Mommsen und Krüger besorgte Stereotypausgabe des *Corpus juris civilis*, Berlin 1868—1876.

Eine vollständige deutsche Uebersetzung des *Corpus juris civ.* ist von Otto, Schilling und Sintenis (7 Bde, Leipz. 1830—1834) herausgegeben.

Von der von Schrader beabsichtigten großen Ausgabe des *Corpus jur. civ.* sind nur die Institutionen erschienen (Berlin 1832); aus dieser mit exegetischem und kritischem Commentar versehenen Ausgabe ist der einfache Text (mit kurzen Anmerkungen und Parallelstellen) besonders abgedruckt (die s. g. kleine Schrader'sche Ausgabe, Berl. 1836, *Ed. stereot.* Berl. 1874), wodurch frühere Ausgaben, wie die von Köhler (Gött. 1773), Biener (Berl. 1812), Bucher (Erlang. 1826), Klenze und Böcking (Berl. 1829) in den

Hintergrund gedrängt wurden. Die neueste kritische Ausgabe ist die kleine Separatausgabe von Krüger (Berl. 1867). Den Text mit deutscher Uebersetzung daneben gibt Roßberger (Berlin 1829).

Sehr zahlreich sind die Einzelausgaben der Institutionen, Digesten, des Codex und der Novellen. Die Zahl der Institutionenausgaben allein soll sich auf mehrere Tausende belaufen; der zugrunde liegenden Handschrift kommen an Ansehn zunächst die s. g. Incunabeln. ***Editiones principes*** sind von den Institutionen 1468 (Mainz), von den Digesten 1475 und 1476 (Rom und Perugia), vom Codex 1475 (Mainz) und von Julian's Novellensammlung 1512 (Lyon) erschienen.

Wichtig sind namentlich für die Textkritik die von Haloander besorgten Nürnbergischen Ausgaben der Institutionen (1529), Digesten (1529), des Codex (1530) und der Novellen (1531), sodann die von Contius und Cujacius besorgten Ausgaben der Institutionen (1567. 1585), die von den Gebr. Torelli besorgte Prachtausgabe der Digesten (Florenz 1553, ohne Glosse), die von Scrimger (Genf 1558), Contius (Paris 1559) und neuerdings von Heimbach jun. (*Authenticum Lips. 1851*) besorgten Ausgaben der Novellen. Eine sonst oft benutzte lateinische Uebersetzung der griechischen Novellen ist die von Hombergk zu Vach (Marb. 1717). Neben den Novellen ist es der Codex, dessen Text am meisten problematisch ist; zuerst von den Glossatoren, dann im 16. Jahrh. von Augustinus, Charondas, Cujacius und Contius, und neuerdings von Biener, Witte und Heimbach jun. sind manche Constitutionen aus griechischen Sammlungen, bez. den Basiliken (s. unten III. Theil.) wieder hergestellt worden: diese s. g. ***leges restitutae*** verrathen sich im *Corp. jur. civ.* an ihrer mangelhaften oder mangelnden In- und Subscription.

Die Handschriften, in denen uns Justinian's Rechtsbücher überkommen sind, haben verschiedenes Alter und Gewicht; am zahlreichsten sind die der Institutionen, unter diesen drei (etwa) aus dem 11. Jahrh. und nur das Veroneser Trifolium-Fragment über das 10. Jahrh. zurückreichend, während die älteste Handschrift der Digesten, welche ehemals zu Pisa, seit Anfang des 15. Jahrh. aber zu Florenz aufbewahrt wird (*lectio Pisana, litera Florentina*), aus dem 7. Jahrh. datirt; neben dieser aber mögen den Glossatoren noch andere selbständige Digesten-Handschriften (*litera vetus*) zu Gebote gestanden haben, aus welchen sie dann Handschriften mit gemischtem Text combinirten (*litera Bononiensis communis*, jetzt, *lectio vulgata* genannt); von diesem Text ist noch der durch Gregor Meltzer (Haloander) frei aus der Florentina und Vulgata gebildete Text (*lectio Haloandrina s. Norica*) zu unterscheiden. Von den Handschriften des Codex reichen nur zwei ins 10. Jahrh. hinauf; vielleicht noch älter sind die in 71 Blättern bestehenden Bruchstücke eines zu Verona befindlichen Manuscripts. Die verschiedenen Novellensammlungen sind in (zum Theil) zahlreichen Handschriften erhalten, die aber oft sehr von einander abweichen. Keine Handschrift der übrigen Rechtsbücher läßt sich an Alter und Werth mit der Florentinischen Digestenhandschrift vergleichen[1].

---

1) Das Weitere darüber gehört in die Pandektenvorträge. Zu vergleichen sind Glück Einleit. i. d. Studium d. Röm. Privatr. (1812). S. 215—252. Thibaut Lehrb. d. Gesch. u. Instit. d. R. R. *ed. Guyet* (1842). S. 398—462. Schilling Lehrb. f. Instit. u. Gesch. I. § 38 ff. Dourer Grundriss S. 194—198. Puchta Cursus d. Institutionen, I. Bd. § 138—148. Marezoll Lehrb. d. Institutionen, § 43—46. Böcking Pandekten (Lehrb. d. Civilr.) 4. Aufl. (Bonn 1852), Anhang V. S. 12—22. v. Scheurl Lehrb. d. Institutionen, (Erlang. 4. Aufl. 1862) § 21. 22. Pachmann Vorschule des Röm. Rechts (Wien 1858). Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. Bd. § 121—124. Neuerdings insbesondere Mommsen in seiner Digestenausgabe (Berol. Vol. I. 1870) *Praefatio p. V—XCVI.*

# X. Kapitel.

## Die Lehrmethode und Literatur des römischen Rechts.

(Zu § 34–37.)

### I.

### Die Lehrmethode.

Es lassen sich in der romanistischen Literaturgeschichte drei Perioden unterscheiden: in der ersten ward Stelle für Stelle, also nach *leges* und Paragraphen, erläutert (Glossen und Commentare[1]); in der zweiten nach der Titelfolge, indem immer der Lehrstoff eines ganzen Titels zusammengefaßt und innerhalb dieser Grenzen frei vorgetragen ward (s. g. Legalordnung), endlich in der dritten Periode in ganz selbständigen Systemen (freie dogmatische Methode). Um die Ausbildung dieser freieren Lehrmethode für das röm. Recht haben sich Leibnitz und Chr. Thomasius anerkennenswerthe Verdienste erworben; aus neuerer Zeit sind Hugo, Heise und Puchta in dieser Beziehung hervorzuheben. Das letzte bedeutendere Werk nach der Digestentitelfolge ist der umfangreiche (aber noch immer nicht vollendete) Commentar von Glück (-Mühlenbruch-Fein-Arndts-Leist-Burckhard).

Die quantitative Gradation von Institutionen zu Pandekten[2] ist bisher im academischen Cursus unwandelbar festgehalten worden, in den Schriftwerken dagegen zeigt sich ein merkwürdiges Schwanken. Puchta's Cursus der Institutionen bestand aus 3 Bänden, während sein Lehrbuch der Pandekten nur einbändig ist. Das (unvollendet gebliebene) Lehrbuch Schilling's für Institutionen schwoll im Fortgang immer mehr zu den Dimensionen eines Pandektenbuchs an. Endlich hat es Böcking beliebt, auf den Titeln seiner romanistischen Lehrbücher die Ausdrücke: Institutionen und Pandekten geradezu durcheinander zu mengen (s. unten No. II sub III).

Die s. g. äußere Rechtsgeschichte hat es hauptsächlich mit den Factoren der Rechtserzeugung und Rechtsgestaltung zu thun, schildert also das Gewicht des Gewohnheitsrechts, den Verlauf der Gesetzgebung und die Erscheinungen der Rechtswissenschaft und kann kurz als „Geschichte der Rechtsquellen im weitern Sinne" (s. oben Kap. IV) bezeichnet werden. Die innere Rechtsgeschichte hat es weniger mit äußeren Ereignissen und concreten Thatsachen zu thun, wie die äußere; sie zeigt den stillen Gang des Werdens, Reifens und Verfallens der einzelnen Rechtsinstitute, die innere Entwicklung des Rechts, und kann daher kurz eine „Geschichte der Rechtsideen" genannt werden.

Man unterscheidet zwei rechtsgeschichtliche Methoden, die synchronistische und die chronologische: a) die synchronistische Methode theilt die Geschichte in bestimmte (d. h. mehr oder minder fest abgegrenzte) Zeiträume und entwirft innerhalb eines jeden Zeitraums ein abgerundetes und gleichsam eingerahmtes Bild aller ungefähr gleichzeitigen Erscheinungen des Rechts- und Staatslebens; b) die chronologische Methode dagegen stellt die einzelnen Rechtsinstitute als mehr oder weniger isolirte Erscheinungen oder

1) Der Titel „Commentar" kommt zuweilen auch für Werke der zweiten und dritten Gruppe vor; so nennen sich zwei der grössten Pandektenlehrbücher, welche nicht paragraphenweise, sondern ganz frei oder titelweise erläutern, Commentare, nämlich Donellus Commentarii de jure civili (ganz freies System) und Glück Ausführliche Erläuterung der Pandekten, ein Commentar (nach der Titelfolge).

2) Der ziemlich verbreitete Gebrauch, die beiden von Justinian selbst herrührenden Ausdrücke *Digesta* und *Pandektae* so zu verwenden, dass mit ersterem das Justinianische Gesetzbuch, mit dem zweiten die modernen wissenschaftlichen Darstellungen des Justinianischen Rechts bezeichnet werden, ist zweckmässig und empfehlenswerth.

Körper, mithin jedes für sich, vom Anfang bis zum Ende seines geschichtlichen Daseyns fortlaufend dar. Die erstere ist eine Eintheilung nach Perioden, die zweite aber nach Rechtsinstituten; jene entwirft Zeitbilder, diese aber Lebensbilder. In der alten Streitfrage, welche der beiden Methoden vorzuziehen sei, entscheiden wir uns dahin, daß jedenfalls für die äußere Rechtsgeschichte die synchronistische Methode die angemessenere sei, denn nur sie bringt den geschichtlichen Gedanken zur vollen Herrschaft, gibt also den geschichtlichen Stoff in der geschichtlichen Form; sie führt geschichtliche Gesammtbilder vor, ist eine Reihe solcher Gesammtbilder und löst daher die Zeitfolge selbst in Glieder auf. Die chronologische Methode, welche zunächst die systematische Gliederung zur Grundlage nimmt, ordnet demgemäß in der Formation des Ganzen das Geschichtliche dem Systematischen unter und verstößt somit gegen den eignen Geist: sie ist Geschichte in systematischer Form und insofern die unvollkommenere Methode. Auch die innere Rechtsgeschichte nach Perioden zu gliedern, muß immer das Ideal und unser Streben seyn, so schwer das auch seyn mag bei der dermaligen und vielleicht nie zu überwindenden Unzulänglichkeit des geschichtlichen Materials. Im Fall der Verbindung der innern Rechtsgeschichte mit den Institutionen ergibt sich die systematische Vertheilung dieses Materials von selbst: dann haben wir es nicht mehr mit einer Geschichtsdisciplin im formellen Sinne zu thun.

## II.

### Die Literatur des Institutionenrechts.

I. Commentare zu Justinian's Institutionen: Balduinus (zuerst 1554), Hotomannus (1560), Schneidewin (1632), Vinnius (1642) und dazu *Notae* von Heineccius (Francof. 1769), ferner Merillius (1654), Janus a Costa (1659), Paul Voëtius (1668), Otto (1729, zuletzt 1760), Schrader (1832).

II. Institutionenlehrbücher nach der Legalordnung: Huber *Praelectiones juris civilis* (1678, ed. Thomas 1687); Westenberg *Principia juris* (1699); Heineccius *Elementa juris civilis sec. ord. Institutionum* (zuerst 1725, zuletzt von Biener ed. 1813); Höpfner Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen (ed. 8. von Weber 1818. Neuer Abdruck 1833); Th. M. Zachariae Institutionen des Röm. Rechts (Breslau 1816).

III. Institutionenlehrbücher nach freier systematischer Ordnung, (bez. in Verbindung mit Rechtsgeschichte): Vultejus *Jurisprudentiae Romanae libri II.* (Marb. 1590; zuletzt *ed.* 10. *cura Estoris* 1748); Struve *Jurisprudentia Romano-Germanica Forensis* (Jen. 1670. ed. Heineccius 1767); Madihn, *Institutiones juris civilis* (Hal. 1764), Institutionen des gesammten Privatrechts, ed. 2. (Bresl. 1814); Hofacker *Institutiones juris Romani* (Gott. 1773) und *Elementa juris civilis* (Gott. 1785); Schmalz Handbuch des Röm. Privatrechts (Königsb. 1793); Hugo Institutionen des heutigen Röm. Rechts (Berlin 1789), später unter dem Titel: Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts (ed. 7. 1826); Konopack Institutionen des Röm. Rechts (Jen. 1807; ed. 2. 1824); Warnkönig *Institutiones s. elementa juris Romani* (Lips. 1819, Bonn ed. 4. 1860); Haubold *Institutionum juris Romani historico-dogmaticarum lineamenta observationibus maxime literariis distincta* (Lips. 1814; ed. 2. von Otto 1826); Mackeldey Lehrbuch der Institutionen des heutigen Röm. Privatrechts (Gießen 1814; ed. 12. von Roßhirt 1842; ed. 14. von Fritz, Wien 1864; ins Latein. übersetzt von Hindenburg, Lips. 1847); Pernice Geschichte, Alterthümer und Institutionen des Röm. Rechts im Grundrisse (Halle 1821, ed. 2. 1824); Lang Lehrbuch des Justinianischen Röm. Rechts (Mainz 1830, ed. 2. 1837); Schilling Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Röm. Privatrechts, (Leipzig, I. Bd. 1. Lief. 1834; II. Bd. 1837; III. Bd. 1846); Thibaut Lehrbuch der Geschichte und Institutionen des Röm. Rechts, (ed. Guyet, Berl. 1842); Burchardi Geschichte und Institutionen des Röm. Rechts (Kiel 1834), und Lehrbuch des Röm. Rechts (Stuttg. I. Thl. 1841; II. Thl. in 4 Abth. 1847); Mühlenbruch Lehrbuch der Institutionen des Röm. Rechts (Halle, 1842; ed. 2. von Wippermann 1847); Joh. Christiansen Institutionen des Röm. Rechts (Altona 1843); Böcking: 1) Grundriß zu Institutionenvorlesungen (Bonn 1832);

2) Institutionen, ein Lehrbuch des Röm. Privatrechts (Bonn 1843. I. Bd.; davon die 2. Aufl. 1853. unter dem Titel: Pandekten des Röm. Privatrechts oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts; dazu II. Bd., 1. Lief. Leipz. 1855)[1]; 3) Röm. Privatrecht, Institutionen des Röm. Civilrechts (2. Ausg. Bonn 1862); Marezoll Lehrbuch der Institutionen des Röm. Rechts (Leipz. 1839; 10. Aufl. ed. Schirmer 1875.); Puchta[2] Cursus der Institutionen (Leipz. I. Bd. 1841; II. Bd. 1842; III. Bd. nach dem Tode ed. von Rudorff 1847; spätere Ausgg. gleichfalls von Rudorff besorgt, I. u. II. Bd. in 6. ed. 1865, III. Bd. in 5. ed. 1866.; ed. 8. von Krüger in 2 Bdn. 1875); Deurer Grundriß für äußere Geschichte und Institutionen des Röm. Rechts (Heidelb. 1849); Erxleben Lehrb. des Röm. Rechts (I. Bd. Gött. 1854); von Scheurl Lehrbuch der Institutionen (Erlang. 1850; 6. Aufl. 1873); von Keller Grundriß zu Vorlesungen über Institutionen und Antiquitäten des Röm. Rechts. Mit einzelnen Ausführungen (Berlin 1854—58); Müller Lehrbuch der Institutionen (Leipz. 1859); Vering Geschichte und Institutionen des Röm. Privatrechts (Mainz 1865, 4. umgearb. Aufl. u. d. Tit. Geschichte und Pandekten des Privatrechts 1875); Salkowski Lehrb. d. Instit. f. d. acad. Gebr. (Leipz. 1868. 2. ed. 1875); Maynz *Cours de droit romain* (ed. 3. Bruxell. 1870); Quaritsch Institutionen und Rechtsgeschichte; Lehrb. u. Repetitorium d. röm. Privatrechts und Civilprocesses (Berl. 3. Aufl. 1875); Sell Grundriß der Institutionen des Röm. Rechts 4. Aufl. (Bonn 1871); Ders. Vorlesungen der Institutionen des Röm. Rechts (Bonn 1871).

IV. Werke über römische Rechtsgeschichte: Gravina *Originum* (*s. de ortu et progressu*) *juris civilis libri III.* (Lips. 1708. und öfter; ed. Mascov. 1737.; ed. Sergius Neap. 1756—58. Neue Ausg. mit Anmerkungen Lips. 1805; deutsche Uebersetzung von Weise. Hamb. 1798); Hummel Handbuch der Rechtsgeschichte, 3 Bde. (Gieß. 1805. 1806); Haubold *Institutionum juris Romani historico-dogmaticarum lineamenta* (Lips. 1814; ed. Otto 1826); Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian (Berlin 1790; zuletzt ed. 11. 1832): als 3. Bd. des Lehrb. e. civilistischen Cursus; dazu Schilling Bemerkungen über Röm. Rechtsgeschichte (Leipz. 1829), Schweppe Röm. Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer mit erster vollständiger Rücksicht auf Gaius und die Vatican. Fragmente (Gött. 1822; 3. ed. von Gründler 1832); Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts bis Justinian (I. Bd. in 2 Abth. enthaltend die äußere Rechtsgeschichte und das Personenrecht 1826; III. Bd.: Civilproceß 1829; II. Bd. [Huschke?] fehlt noch); Klenze Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts, ein Grundriß (Berlin 1827; 2. ed. 1835); Holtius *Historiae juris Romani lineamenta* (Leodii 1830. 1840); Joh. Christiansen Die Wissenschaft der Röm. Rechtsgeschichte im Grundrisse (Bd. I. Alt. 1838); Danz Lehrbuch der Gesch. d. Röm. Rechts (2 Thle., Leipz. 1840. 1846; 2. Aufl. 1871. 1873. 3. Thl. d. h. Civilproceß fehlt noch); Walter Röm. Rechtsgeschichte bis Justinian (Bonn 1834—40; 3. ed. 1860 in 2 Bdn.); Smolders *Manuel d'histoire du droit romain* (Louvain 1839); Guérard *Essai sur l'histoire du droit privé des Romains* (Par. 1841); Laferrière *Histoire du droit civil de Rome* (Par. 1846); Esmarch Röm. Rechtsgeschichte (Gött. 1856)[3]; Rudorff Röm. Rechtsgeschichte (Leipz. I. Bd. 1857: Rechtsbildung [aber nur aus dem Gesichtspunkt der äußeren Rechtsgeschichte], II. Bd. 1859: Civil- und Strafrechtspflege); Namur *Cours d'institutes et d'histoire du droit romain* (Gand. 1864); van Wetter *Cours élémentaire du droit romain* (Gand. 1870); Rivier *Introduction historique du droit romain* (Bruxell. 1872); Bruns in Holtzendorff's Encyclopädie d. Rechtswiss. 2. Aufl. (Bd. I. S. 76—126).

Schultz Grundlegung zu einer geschichtlichen Staatswissenschaft der Römer (Köln 1833)[4]; dazu Klenze Kritische Phantasien eines practischen Staatsmanns (Berl. 1834); Lenz Ueber die geschichtliche Entstehung des Rechts (Greifsw. 1854). — v. Ihering Geist des Röm. Rechts auf den verschiednen Stufen seiner Entwickelung (Leipz. I. Thl. 1852; II. Thl. in 2 Abth. 1854. 1858. 3. Aufl. 1873—5; III. Thl., 1. Abth. 1865. 2. ed. 1876); Voigt Das *jus naturale, aequum et bonum* und *jus gentium* der Römer (4 Thle und Register Leipz. 1856—1876).

Bloß äußere Rechtsgeschichte enthalten: Brunnquell *Historia juris Romano-Germanici* (Francof. ed. 2. 1730; zuletzt 1751); Terrasson, *Histoire de la jurisprudence Romaine* (Paris 1750); Heineccius *Historia juris civilis Romani ac Germanici* (Halle 1733., Argent. 1751; zuletzt mit Ritter's Noten ed. Silberrad 1765); Bach *Historia jurisprudentiae Romanae* (Lips. 1754; ed. 6. von Stockmann 1806); dazu Haubold *Histo-*

---

1) Nicht zu verwechseln mit Böcking Pandekten, Grundriss eines Lehrbuchs des gemeinen auf das römische Recht gegründeten Civilrechts; 5. Aufl., Bonn 1865 (worin eigentliches Pandektenrecht enthalten ist).

2) Eine ältere fast verschollene Schrift Puchta's: Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen (München, 1829). — 3) Eine neue umgearbeitete Aufl. soll demnächst erscheinen.

4) Die Würdigung dieses eigenthümlichen Buchs s. (gegen Schwegler Röm. Gesch. II. S. 34) Clason Schwegler's Röm. Geschichte Bd. 4 (1873) S. 28 fg.

*ria juris Romani tabulis synopticis illustrata* (Lips. 1790); Dabelow Röm. Staats- und Rechtsgeschichte im Grundriß (Halle 1808); Gründler Handbuch der Röm. Rechtsgeschichte (Bd. 1. Bamb. 1821); Berriat-Saint-Prix *Histoire du droit Romain, suivie de l'histoire de Cujas* (Paris 1821); Warnkönig Vorschule der Institutionen und Pandekten (Freiburg i. Br. 1839; 2. Titelausg. 1854. enthält Quellen- und Literärgeschichte); Tigerström Die äußere Geschichte des Röm. Rechts (Berl. 1841).

Bloß innere Rechtsgeschichte enthalten: Brissonius *Selectarum ex jure civili Antiquitatum libri IV.* Antv. 1556—1585; zuletzt ed. Trekell, Lips. 1741); Heineccius *Antiquitatum Romanarum jurisprudentiam illustrantium syntagma sec. ord. Institutionum* (Halle 1719; zuletzt ed. Haubold Frankf. 1822. und Mühlenbruch Frankf. 1841); de Selchow *Elementa antiquitatum juris Romani* (Gött. 1757; dann vermehrt unter dem Titel: *elementa juris Romani publici et privati antejustinianei* 1778); Tigerström Die innere Geschichte des Röm. Rechts (Berl. 1838).

V. Philologische und historische Schriften einschlagenden Inhalts sind: Brissonius *De verborum, quae ad jus civile pertinent, significatione* (ed. Heineccius, Halle 1743); Ders. *De formulis et solennibus populi Romani libri VIII* (ed. Bach, Lips. 1754); Nieupoort *Rituum qui olim apud Romanos obtinuerunt succincta explicatio* Traj. ad. Rhen. 1712; zuletzt Lugd. Bat. 1802); von Cilano Ausführliche Abhandlung der Röm. Alterthümer (aus d. Engl. v. Meyer, 2 Bde., ed. 4. 1832.); Dirksen *Manuale latinitatis fontium juris civilis Romanorum, thesauri latinitatis epitome* (Berol. 1837—39).

Gibbon *History of the decline and fall of the Roman empire* (12 Thle.). Gibbon's historische Uebersicht des Röm. Rechts oder das 44. Capitel der Geschichte des Verfalls des Röm. Reichs; aus dem Engl. übersetzt und mit Anmerkungen begleitet von Hugo (Gött. 1789); de Beaufort *La république Romaine* (2 tom. 1766; übersetzt Danzig 1775); Niebuhr Röm. Geschichte 1811. 1812; in 3 Thln ed. 4. Berlin 1833. 1836. 1843. Dazu (auch als 4. u. 5. Theil benannt) Schmitz, Röm. Geschichte v. d. 1. pun. Kriege bis z. Tode Constantins mit e. Einleit. üb. d. Quellen u. d. Studium d. Röm. Gesch., nach Niebuhr's Vorträgen bearbeitet, aus dem Engl. übersetzt u. mit Anm. versehen von Zeiß, 2 Bde., Jena 1844. 1845; — Niebuhr Vorträge üb. Röm. Geschichte,[1] ed. Isler, Berl. 3 Bde., 1846—8. (auch als 1. Abth. der histor. u. philol. Vorträge Niebuhr's benannt); derselbe Vorträge üb. alte Länder- u. Völkerkunde, ed. Isler, Berl. 1851. — Eggo Der Untergang der Naturstaaten, Briefe über Niebuhr's Röm. Geschichte (Berl. 1812); Wachsmuth Die ältere Geschichte des Röm. Staates (Halle 1819); Bischoff Geschichte der Römer mit besonderer Rücksicht auf ihr Recht u. s. w. (Bd. 1. Leipzig 1825); C. H. Preller Röm. Reich und Recht (Hamb. 1825); K. O. Müller Die Etrusker (Bresl. 1828); Eisendecher Ueber die Entstehung, Entwickelung und Ausbildung des Bürgerrechts im alten Rom (Hamb. 1829); Hüllmann Röm. Grundverfassung (Bonn 1832) und Ursprünge der Röm. Verfassung (Bonn 1835); Ernesti Das Römerreich vom Ursprunge des Staats bis zum Untergange der Weltherrschaft Roms (Leipz. 1836); Rubino Untersuchungen über Röm. Verfassung und Geschichte (2 Thle., Cassel 1839); von Kobbe Röm. Geschichte (1840 ff.); Hoeck Röm. Geschichte (1841 ff.); Göttling Röm. Staatsverfassung (Halle 1840); Abeken Mittelitalien vor den Zeiten der Röm. Herrschaft (Stuttg. 1843); Gerlach und Bachofen Die Geschichte der Römer. I. Bd. (Basel 1851); Bormann Altlateinische Chorographie und Städtegeschichte (Halle 1853); Bröcker Glaubwürdigkeit der altrömischen Geschichte (Basel 1855. 2. Aufl. 1862.); Peter Geschichte Rom's (Halle, 3 Bde, 3. Aufl. 1871.); Schwegler Röm. Geschichte (Tüb. 3 Bde. 1853. 1856. 1858. 4. Bd. ed. Clason 1873); Th. Mommsen Röm. Geschichte[2] (Berl. 3 Bde. 1854—58, 4. Aufl. 1865. 1866); Ders. Röm. Forschungen (1. Bd. Berl. 1864); Ders. Römisches Staatsrecht 2 Bde. 1871. 1875. (2. Aufl. 1876. 1877); (L. Napoleon) Geschichte Julius Cäsars. Vom Verfasser autorisirte Uebersetzung (1. u. 2. Bd. Wien 1865. 1866); Ihne Röm. Geschichte in 3 Bdn (Leipz. 1869); Stoll Geschichte d. Römer bis z. Untergang d. Republ. 2 Bde (Hann. 1869).

Rein Das Röm. Privatrecht und der Civilproceß bis in das erste Jahrhundert der Kaiserzeit (Leipz. 1836); Verm. Aufl. unter d. Titel: Das Privatrecht und der Civilproceß der Römer von der ältesten Zeit bis auf Justinianus (Leipz. 1858); Lange Röm. Alterthümer[3] Berl. 2 Bde. u. 3. Bd. 1. Abth. 1856—1871. 2. Aufl. 1876); Becker Handbuch der Röm. Alterthümer (Leipzig, Thl. I. u. II. Abth. 1. u. 2. 1843—1846, enthaltend Quellen, Topographie, Ursprung, Volksgliederung, bürgerliche Verfassung — Fortgesetzt von Marquardt

1) Zu unterscheiden von: Niebuhr Vorträge über die alte Geschichte mit Ausschluss der Röm. Gesch., ed. M. Niebuhr, Berl. 3 Bde., 1847—51.

2) Ich citire im Verfolg Mommsen immer nach der 4. Aufl.

3) Ich citire im Verfolg von Lange immer nach der 2. (bez. 3.) Aufl.

Thl. II. Abth. 3. bis Thl. V. 1849—1867, enthaltend: bürgerliche Verfassung unter den Kaisern, Italien und die Provinzen, Staatshaushalt und Militärwesen, Gottesdienst, Privatalterthümer); E. Kuhn Die städtische und bürgerliche Verfassung des Röm. Reichs bis auf die Zeiten Justinians (2 Thle., Leipz. 1864. 1865); Hartung Die Religion der Römer, 2 Thle. (Erlang. 1836); L. Preller Röm. Mythologie (Berl. 1858); Guhl und Koner Das Leben der Griechen und Römer nach antiken Bildwerken dargestellt; 2. Hälfte: Römer. Berl. 1861; 2. Aufl. 1864); Friedländer Darstellungen aus der Sittengeschichte Rom's in der Zeit von August bis zum Ausgang der Antonine (Leipz. 1. Thl., ed. 2. 1865, 2. Thl 1864); Mommsen Geschichte des Röm. Münzwesens (Berl. 1860); Bojesen-Hoffa Handb. d. röm. Antiquitäten, 3. Aufl. ed. Rein (Wien 1866); Bähr Geschichte d. röm Literatur. 4. Aufl. 3 Bde (Carlsr. 1867—1870 nebst Supplementband d. christlich-röm. Lit. 2. Aufl. 1873); Teuffel Gesch. d. röm. Literatur (Leipz. 1868. 3. Aufl. 1875). Marquardt Röm. Staatsverwaltung, 2 Bde (Leipz. 1873. 1876. Organisation d. Reichs. Finanz- u. Militärwesen).

VI. Sammlungen von Rechtsquellen, hauptsächlich von solchen, welche nicht im *Corpus juris civilis* enthalten sind: Schulting *Jurisprudentia vetus antejustinianea* (Lugd. Bat. 1717; ed. 2. Lips. 1737.); Bethmann-Hollweg, Böcking u. Cons. *Corpus juris romani antejustinianei* (s. g. Bonner *Corpus juris*: Bonn, 6 Fascikel 1835—1842); G. Haenel *Corpus legum ab Impp. Romanis ante Justinianum latarum* (Lips. 1857. 58. 4.); Demelius *Legum quae ad jus civile spectant fragmenta in usum praelectionum collegit* (Weimar, 1857); Gneist *Institutionum et regularum juris Romani syntagma, exhibens Gaii et Just. Instit., Ulp., Paul., XII tab.* (Lips. 1858); Bruns *Fontes juris Romani antiqui in usum praelectionum* (Tub. 1860 ed. 3. 1876); Huschke *Jurisprudentiae Antejustinianae quae supersunt, in usum maxime academicum* (Lips. 1861. ed. 3. 1874). Letztere zwei Bücher ergänzen einander, indem Bruns hauptsächlich die *leges* (nebst Urkunden und nichtjuristischen Schriftstücken), Huschke das *jus* (wissenschaftliche Werke der Juristen) gibt. F. Fabricius Ad. Huschkii *jurisprudentiam antejustinam indices confecit* (Leipz. 1867).

Haubold-Spangenberg *Antiquitatis Romanae monumenta legalia* (Berl. 1830); Mommsen-Hübner-Zangemeister-Henzen *Corpus inscriptionum latinarum, 7 vol.* (Berl. 1863—1877); Orelli-Henzen *Inscriptionum latinarum select. collectio, 3 vol.* (Zür. 1828—1856); Zell Handb. d. röm. Epigraphik, 3 Bde (Heidelb. 1850—1857).

VII. Zeitschriften für Rechtsgeschichte: Hugo civilistisches Magazin (6 Bde., Berl. 1790—1832); Zeitschrift für geschichtliche Rechtwissenschaft, von v. Savigny, Eichhorn und Goeschen begründet (Berl. 15 Bde. 1815—1850); Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Philologie etc. (Bonn 1827; vom 2. Jahrgang an erschien die juristische Abtheilung getrennt unter d. Titel: Rhein. Museum für Jurisprudenz, Bonn 1828—1831; vom 5. Jahrgang an auch unter d. Titel: Neues Rhein. Museum für Jurisprudenz 1—3. Bd. 1833. 1834); K. u. W. Sell, Jahrbücher für histor. u. dogmat. Bearbeitung des Röm Rechts (3 Bde, Braunschw. 1841—45); Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts von Bekker und Muther (Leipz. 6 Bde, 1857—1863); Zeitschrift für Rechtsgeschichte ed. Rudorff, Bruns, Roth etc. (Weimar, 1—13. Bd, 1861—1876); für epigraphische Erscheinungen die von Mommsen, Henzen u. s. w. herausg. Zeitschr. *Ephemeris epigraphica, corporis inscriptionum latin. supplementum*, Rom und Berl. vol. I. 1872 u. s. w. Hermes; Zeitschr. f. class. Philolog. ed. Hübner, Berl. Bd I. 1866 u. s. w.

## XI. Kapitel.

### Die Rechtsanschauung der Römer im Allgemeinen.

(Zu § 38—41.)

### Rechtsphilosophische Aeußerungen Cicero's.

Zu § 39] Die Begriffe der *sapientia, philosophia, justitia* und *jurisprudentia* gehen bei den Römern frühzeitig ineinander über; Pomponius nennt unter den ältesten Rechtsgelehrten Rom's den Sempronius und den P. Atilius und erzählt von beiden, daß das Röm. Volk sie mit dem Beinamen des Weisen beehrt habe (*fr. 2. § 37. 38. de O. J. 1, 2*); Labeo, der erste Jurist der Augusteischen Zeit und vielleicht der schöpferischeste Geist unter allen Röm. Rechtsgelehrten, war Jurist und Philosoph zugleich, und mit Recht bemerkt Ihering II. § 41., daß die Jurisprudenz den Römern ihre nationale Philosophie gewesen sei.

*Auctor ad Herennium II, 13: „Constat jus ex his partibus: natura, lege, consuetudine, judicato, aequo et bono, pacto. Natura jus est, quod cognationis aut pietatis causa observatur; quo jure parentes a liberis et a parentibus liberi coluntur. Lege jus est id, quod populi jussu sancitum est: quod genus, ut in jus eas, quum voceris. Consuetudine jus est id, quod sine lege, aeque ac si legitimum sit, usitatum est; quod genus, id, quod argentario tuleris expensum, a socio ejus recte repetere possis. Judicatum est id, de quo sententia lata est, aut decretum interpositum. Ex aequo et bono jus constat, quod ad veritatem et utilitatem communem videtur pertinere; quod genus, ut major annis 60. et cui morbus causa est, cognitorem det. Ex eo vel novum jus constitui convenit ex tempore et hominis dignitate. Ex pacto jus est, si quid inter quos convenit."* Dazu Cic. Topica c. 7.

*Cicero Orator. partit. c. 37: „Aequitatis autem vis est duplex: cujus altera directa et veri et justi et, ut dicitur, aequi et boni ratione defenditur; altera ad vicissitudinem referendae gratiae pertinet: quod in beneficio gratia, in injuria ultio nominatur. Atque haec communia sunt naturae atque legis: sed propria legis et ea, quae scripta sunt et ea, quae sine literis, aut gentium jure aut majorum more retinentur. Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud .... hoc inprimis, ut nostros mores legesque tueamur, quodammodo naturali jure praescriptum est."*

*Cicero de invent. II, 21: „Jus ex quibus rebus constet, est considerandum. Initium ejus ab natura ductum videtur: quaedam autem ex utilitatis ratione, aut perspicua nobis aut obscura, in consuetudinem venisse: post autem, approbata quaedam, aut a consuetudine aut a vero utilia visa, legibus esse firmata: ac naturae quidem jus esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis afferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem." II, 53: Quod propter se petitur, honestum nominabimus ... Virtus habet partes quatuor: prudentiam, justitiam, fortitudinem, temperantiam ... Justitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem. Ejus initium est ab natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt; postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit. Natura jus est, quod non opinio genuit, sed quaedam innata vis inseruit, ut religionem, pietatem etc."* Dazu *de finib. V, 23.* und *or. pro Milone c. 4.*

*Cicero de legib. I, 10: „Intelligi, nos ad justitiam esse natos, neque opinione, sed natura constitutum esse jus. Id jam patebit, si hominum inter ipsos societatem conjunctionemque perspexeris". I, 12: „Quibus ratio (qua una praestamus belluis) a natura data est, iisdem etiam recta ratio data est; ergo et lex, quae est recta ratio in jubendo et vetando: si lex, jus quoque." II, 4: „Neque esse mens divina sine ratione potest, nec ratio divina non hanc vim in rectis pravisque sanciendis habere ... nec si regnante Tarquinio nulla erat Romae scripta lex de stupris, idcirco non contra illam legem sempiternam Sex. Tarquinius vim Lucretiae attulit. Erat enim ratio profecta a rerum natura, et ad recte faciendum impellens et a delicto avocans: quae non tum denique incipit lex esse, quum scripta est, sed tum, quum orta est. Orta autem simul est cum mente divina. Quamobrem lex vera atque princeps apta ad jubendum et ad vetandum, ratio est recta summi Jovis". II, 6: „Lex autem illa neque tolli neque abrogari potest."*

Cicero *de republ. III, 22* (nach Lactant. Inst. VI, 8): *Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quae vocet ad officium jubendo, vetando a fraude deterreat, quae tamen neque probros frustra jubet aut vetat, nec improbos jubendo aut vetando movet. Huic legi nec obrogari fas est, neque derogari ex hac aliquid licet, neque tota abrogari potest... et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et Imperator omnium Deus; ille legis hujus inventor, disceptator, lator, cui qui non parebit, ipse se fugiet.*"

Vergl. Schulting Oratio III. *De jurisprudentia Ciceronis*, in den *Commentat. academ. P. II. p. 73—118.* E. Platner *De iis partibus librorum Ciceronis rhetoricorum quae ad jus spectant* (Marb. 1831). Rossbach Perioden der Rechtsphilosophie (1843) § 17. 18. Laferrière *Histoire du droit civil* (1846) cap. 7. Voigt die Lehre vom *jus naturale, aequum et bonum* und *jus gentium* der Römer (Leipz. 1856), I. Thl. S. 176—228. 529—546. Deuerling, Cicero's Bedeutung für die röm. Literatur (Augsb. 1866) S. 15. 19. 53. 88 ff. *de Caqueray Explication des passages de droit prive contenues dans les oeuvres de Ciceron* (Paris 1857).

Auch der Jurist Paulus bezeichnet einmal die *ratio naturalis* als „*quasi lex quaedam tacita*"[1] und deutet auf die Unwandelbarkeit gewisser Grundprincipien der Rechtsordnung hin, wenn er sagt: „*Jus pluribus modis dicitur; uno modo, cum id, quod semper aequum ac bonum est, jus dicitur; ut est jus naturale*"[2]. Das *bonum* bildet in der Vorstellungsweise der classischen Jurisprudenz die stete Begleitung des *aequum*, z. B. in *fr. 32. de reb. cred. 12, 1* (Celsus), *fr. 6. § 2. de jure dot. 23, 3* (Pompon.), *fr. 14. § 6. de religios. 11, 7* (Ulp.); es drückt den Zusammenhang des Rechts mit den göttlichen Dingen und den Grundsätzen der Moral aus.

## XII. Kapitel.

### Die Grundlehren der Römer über ihr positives Recht, dessen Bestandtheile, Geltung und Anwendung.

(Zu § 42–46.)

### I.

### Das *jus gentium* und *jus naturale*.[3]

Der Gedanke, daß es Rechtsgrundsätze gibt, welche nicht Ausflüsse positiver Satzung sind, sondern darüber hinausliegen, drängt sich dem Betrachter des Rechts immer und immer wieder auf, und wer diesem Gedanken Raum gibt, zieht damit der gesetzgeberischen Machtvollkommenheit des staatlichen Centralwillens gewisse Schranken. Auch die Römer und unter ihnen zuerst Cicero haben diese Wahrheit empfunden und angedeutet. Cicero[4] zerlegt das Gebiet, welches er *juris omnis ratio* nennt, in zwei Haupttheile (*partes primae*): *natura* und *lex*, und versteht unter *natura* hier, was er dann als *naturale jus* bezeichnet und worauf er u. A. auch die allgemeine Pflicht, dem

1) *fr. 7. pr. de bonis damnator.* (48, 20). — 2) *fr. 11. de J. et J.*

3) Vergl. Donellus *Comment. jur. civ.* I, 6; Dirksen i. Rhein. Museum I. S. 1—50. Schilling Institutionen II. § 9.

4) *Orator. partition. c. 37.* Vergl. dazu Voigt, Das *jus naturale etc.* d. Römer I. S. 66 fg. 215 fg. 270—344.

positiven Recht Gehorsam zu leisten, gründet: *atque etiam hoc in primis, ut nostros mores legesque tueamur, quodammodo naturali jure praescriptum est.* Unter *lex* begreift er überhaupt das positive Recht und unterscheidet darin *ea quae scripta sunt* (gesetzliches Recht im. eng. S.) und *quae sine literis, aut gentium jure aut majorum more retinentur.* Wir sehen also, daß Cicero dem *naturale jus* das positive Recht gegenüberstellt und unter letzterem das *gentium jus* mitbegreift. Offenbar versteht er unter dem erstern diejenigen Maximen, welche nicht erst positiver Satzung bedürfen, ja eigentlich die Grundlage aller positiven Satzung bilden und der freien Willkür der Gesetzgebung gewisse Schranken ziehen[1]. Demgemäß verneint Cicero geradezu die Omnipotenz des Staats und sagt: *non quidquid populus jusserit, ratum esse oportet.*[2] Von diesem *naturale jus* unterscheidet er das *gentium jus.* Diese Unterscheidung ist also nicht erst durch Ulpian erfunden, sondern wahrscheinlich traditionelle Anschauung in der römischen Jurisprudenz lange vor Ulpian gewesen, deren Spuren uns nur dadurch verkümmert sind, daß Gaius, oberflächlich wie so oft, nur von einem Unterschied der *naturalis ratio* und des *jus civile* zu sagen weiß, und Justinian's Compilatoren unter dem Einflusse ihrer beliebtesten Autorität auch hier stehen. Allerdings finden wir bei manchen römischen Juristen bloß das *jus naturale* oder aber das *jus gentium* dem *jus civile* gegenübergestellt, allein doch nur dann, wenn gerade dieser besondere Gegensatz in Frage kam; dann war ja die Ignorirung des trilogischen Gedankens indicirt und kann daher nicht als Negirung desselben verstanden werden; stellt doch selbst Ulpian bisweilen nur das eine Glied dem *jus civile* gegenüber, z. B. *in fr. 32. de R. J.* Daß aber Ulpian principiell unterschieden hat, leidet keinen Zweifel; ausdrücklich unterscheidet trilogisch auch Tryphonin und, wie es scheint, auch Licinnius Rufinus[3]; Hermogenian schließt sich gleichfalls dem Ulpian ganz unverkennbar an[4], und sicher läßt sich auch Paulus dafür anführen, welcher den Ehestand der Sklaven (die doch *jure gentium* Null sind) auf *jus naturale* zurückführt, und an anderer Stelle *jus naturale, jus civile* und *jus honorarium* neben einander stellt, das erstere als das bezeichnet, *quod semper aequum ac bonum est,* und unter dem *jus honorarium* wesentlich das *jus gentium* begreift, welches eben nicht absoluter, sondern veränderlicher Natur ist[5]. — In der That haben wir auch alle Ursache, eine gleichsam paradiesische[6] Region, welche noch über dem *jus gentium* ist und zumeist verborgen bleibt, anzuerkennen; dem letzteren erst gehören *gentium discretio, servitus, manumissio, captivitas, postliminium* an, aber nach *jus naturale* sind alle Menschen frei und gleich, und dieser Gedanke bricht auch im positiven Recht, und gerade im Fortschritt der Cultur immer häufiger durch und bildet dann die dogmatische Unterlage für wichtige und inhaltreiche Rechtsinstitute, z. B. *peculium servile, obligatio naturalis servorum, concubinatus* (*liberi naturales*), *cognatio servilis.*

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß es unrichtig ist, mit v. Savigny[7] zu sagen, die zweigliederige Eintheilung sei bei den Römern die herrschende gewesen, die dreigliederige sei ohne Einfluß auf einzelne Rechtslehren geblieben, Paulus kenne nur zweierlei Recht, und auch schon Cicero verstehe *natura*

1) Vergl. oben Exc. zu Kap. I. No. II. a. E. — 2) *Cic. pro Caecina c.* 33.
3) *fr.* 64. *de cond. indeb.* (12, 6); *fr.* 31. *pr. depositi* (16, 3). — *Fr.* 59. *de O. et A.* (44, 7).
4) *fr.* 5. *de J. et J.* (1, 1).
5) *fr.* 14. § 2. *de ritu nupt.* (23, 2); *fr.* 11. *de J. et J.* (1, 1). Vgl. auch *fr.* 84. § 1. *de contr. e.* (18, 1).
6) Vergl. Schwegler I. S. 213. 214. — 7) System des röm. Rechts, I. S. 413–420.

und *jus gentium* als gleichbedeutend, die dreigliederige Eintheilung sei nichts als eine unschuldige Speculation und könne als eine Curiosität auf sich beruhen. Es ist doch mehr als eine bloße Curiosität, wenn man ein dreifaches Rechtsband unterscheidet: welches alle Menschen — welches alle Freien — welches alle Bürger eines (des römischen) Staats umschließt. *Jus naturale* ist das den Römern mit den Sklaven — *jus gentium*, das den Römern mit den Peregrinen —, *jus civile* das den Römern nur mit Römern gemeinsame Recht. Beirren darf uns nicht, daß der Heide Ulpian statt der Sklaven *omnia animalia* nennt. v. Savigny's Rath, die Vorstellungsweise des Ulpian fallen zu lassen und zu der des Gaius zu flüchten, heißt uns vom Pferd auf den Esel locken, und nur darin können wir beistimmen, daß völlig gedankenlos in dieser Sache das Verhalten der Justinianischen Institutionen ist.

Was Gaius anlangt, so ist zu bemerken, daß er nur selten *jus naturale*, fast immer *ratio naturalis* sagt, und daß sich dieser Ausdruck außer bei ihm überhaupt nicht oft findet. Vielleicht ist er eine Formel der Sabinianer gewesen, wenigstens beruft sich Paulus, welcher allerdings auch einige Male[1] den Ausdruck *naturalis ratio* braucht, in der einen Stelle auf Sabinus, und Gaius sagt einmal[2]: *Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui etc.* Gaius faßt mit dem ihm geläufigen Ausdruck zusammen, was Andere getrennt als *jus naturale* und *jus gentium* bezeichneten. Das war ein unvollkommnerer Standpunkt und die Distinction ein Fortschritt und ein höherer Gesichtspunkt. Ich denke daher nicht, daß außerdem noch etwas Besonderes hinter dem Ausdruck zu suchen ist, auch nicht die neuerdings aufgestellte Theorie einer „realen Naturordnung“,[3] denn die Römer beurtheilten und maßen ihr Recht in erster Linie nicht von der Natur aus, sondern von der Stellung des Menschen aus, der ihnen Bürger oder Nichtbürger, — Bürger, Peregrine oder Sklave war.[4] Am bestimmtesten sprach es Ulpian aus, daß mit Gegenüberstellung der *naturalis ratio* und des *jus civile* nicht alle Momente erschöpft seien[5]; er betonte, daß gewisse Grundzüge sich noch unterscheiden von dem Bereiche des *jus gentium:* 1) sie scheinen ihm ganz fundamentaler Natur zu seyn, und 2) hinter aller Geschichte zu liegen, d. h. nicht mit dem zusammenzuhängen, was im Menschen veränderlich und nur Resultat geschichtlicher Processe ist. Aber der römische Jurist, im abstrakten Denken ungeübt, entnahm seine Formel von der Thierwelt, die freilich auch ohne Geschichte ist.

## II.

## *Mos et consuetudo.*

Zu § 44] Eine ausgebildete Theorie des Gewohnheitsrechts, etwa der Art, wie sie von der Doctrin unserer Zeit zu Tage gefördert worden ist, fehlte der Röm. Jurisprudenz. Die Quellen betonen das äußere Moment der Niederschrift (*jus non scriptum*), deren Mangel doch nicht Kriterium, sondern nur ein unzuverlässiges Symptom seyn kann. Außerdem blickt in den Begriffsbestimmungen meistens eine Reminiscenz an die alte gesetzgeberische Thätigkeit des *populus Romanus* durch, und man trifft römische Juristen auf derselben Fährte, auf welcher die moderne Theorie des vorigen Jahrhunderts zur Idee eines stillschweigenden, auf den vermuthlichen Willen des Gesetz-

1) *fr.* 36. § 5. *de her. pet.* (5, 3); *fr.* 7. *pr. de bonis damnator.* (48, 20).
2) *fr.* 7. § 7. *de acq. dom.* (41, 1).
3) von Leist in seiner mir oben zukommenden Schrift: die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts (Jena, 1877), S. 8. — 4) z. B. Gai. 2, 69. — 5) s. *fr.* 1. § 4. *de J. et J.* (1, 1).

gebers gegründeten Gesetzes gerieth. — Julian schildert die *inveterata consuetudo* als das, *quod populus sine ullo scripto probavit et rebus ipsis et factis declarat* (*fr. 32. § 1. de leg. 1, 3*); den Satz des Gewohnheitsrechts nennt Isidor 5, 3: *jus quoddam moribus institutum,* Hermogenian: *longa consuetudine comprobatum* (*fr. 35. de leg. 1, 3*), Celsus: *consuetudine obtentum* (*fr. 39. eod.*), Julian: *moribus constitutum, moribus et consuetudine inductum* (*fr. 32. eod.*), Pomponius: *moribus introductum* (*fr. 8. de ritu nupt. 23, 2*), Ulpian: *moribus receptum* (*fr. 1. de don. i. V. et U. 24, 1*). Ganz besonders betont Paulus (in *fr. 36. de leg. 1, 3*) das hohe Ansehn des Gewohnheitsrechts, freilich das Moment der mangelnden Niederschrift in ziemlich problematischer Weise verwerthend.

Eine feine Bemerkung ist die des Ulpian in *fr. 34. eod.*: *„explorandum, an etiam contradicto aliquo judicio consuetudo firmata sit."* Eine junge nicht gesicherte Rechtsidee muß im Kampf das Recht ihres Daseyns erweisen. Wenn sie Gegenstand der Anfechtung geworden und Siegerin ist, so hat sie dadurch gerade sich bewährt, und was bewährt ist, das gilt und dauert. Kranke oder lose Bäume brechen in dem Sturme, welcher gesunde oder tief wurzelnde befestigt.

# Erster Theil.

Die Geschichte

## des Römischen Rechts- und Staatswesens

**bis zur Höhe der Römischen Jurisprudenz.**

# Rom's Vor- und Urgeschichte.

## XIII. Kapitel.

### I. Italien und Rom.

(Zu § 47—51.)

#### I.

#### Die Bevölkerung Rom's.

Auf der breiten durch Niebuhr gelegten Basis ruhen in der Hauptsache noch die Darstellungen bei Göttling, Puchta und Becker. Seit zwei Jahrzehenden aber ist durch die in Vielem übereinstimmenden Forschungen Anderer die frühere Annahme eines pelasgischen Bevölkerungselementes in Italien (Tyrrhener im Norden, Siculer und Daunier in der Mitte, Oenotrer im Süden) beseitigt und den s. g. Casci, Prisci und Aborigines der Schein besonderer Völkerschaften genommen worden. Die letzteren sind weiter nichts als sagenhafte Ethnificationen geschichtlicher Entwicklungsphasen. In den abrundenden Darstellungen der neuesten Forschung, welche bei Schwegler, Mommsen und Lange gefunden werden, ist festgehalten, daß die Bevölkerung von Mittelitalien sich in drei Hauptstämme auseinanderlegte, welche etwa der hellenischen Trias der Aeolier, Jonier und Dorier, oder der germanischen Trias der Franken, Schwaben und Sachsen verglichen werden könnten: das sind die Umbrer, Sabeller und Latiner. Sie gehören zum indogermanischen Sprachstamm; die Reihenfolge aber, in welcher die Völker dieses Stammes in Europa eingewandert sind, ist nach Pott[1] folgende: 1) Iberer, 2) Illyrier und Thraker, 3) Hellenen und Italiker, 4) Kelten, 5) Germanen, 6) Slaven.

Die Zusammengehörigkeit der „umbrisch-sabinisch-oskisch-latinischen Sprachfamilie" ist zuerst von A. W. Schlegel, R. Lepsius, Klenze und O. Müller angenommen[2] und seitdem immer deutlicher gemacht worden. „Die Völker und Stämme, die wir beim ersten Licht der dämmernden Geschichte in Italien vorfinden, gehören, wenn nicht alle, doch bei weitem zum größten Theile, dem indogermanischen Stamme an. Sie können folglich, da die ursprüngliche Heimath des indogermanischen Urvolks in Asien zu suchen ist, nicht Autochthonen der italischen Halbinsel seyn, sondern sind als Einwanderer dahin gekommen und haben sich durch Eroberung in den Besitz des Landes gesetzt. Und zwar sind jene Einwanderungen, wie unbedenklich angenommen werden kann, nicht über das Meer oder zu Schiff, sondern auf dem Landwege, also vom Norden der Halbinsel her, vor sich gegangen. Eine dunkle Erinnerung an diese Vor-

1) Indogerm. Sprachstamm S. 89. — 2) s. Schwegler R. Gesch. I. S. 175.

gänge, namentlich daran, daß jene Völkerzüge vom Norden her gekommen sind und sich stoßweise immer wieder gegen Süden vorgeschoben haben, hat sich in der Sage von den Siculern erhalten. Wahrscheinlich ist ferner, daß die italischen Stämme indogermanischen Geschlechts zusammen und als Eine Nation in Italien eingewandert sind, und daß die dialektische Differenzirung und Verzweigung ihrer Sprache erst in Italien vor sich gegangen ist."[1] Die alten Siculer in Latium und ihre Verschiebung nach der sicilischen Meerenge erklärt Schwegler[2] für ein ungelöstes Problem; vielleicht war sie eine Folge des Vordrängens der Etrusker. Eine andere Völkerbewegung ist die wohl von den Umbrern im Nordosten ausgehende. „Mehr als Eine Völkerwelle ist vor Alters aus den engen Thälern der Abruzzen in die breite fruchtbare Ebene Latium's hinabgeflutet, und es ist ohne Zweifel nur zufällig, daß jene Einwanderung der reatinischen sogenannten Aboriginer sich vorzugsweise im historischen Angedenken erhalten hat." „Die Aussendung heiliger Lenze war das Hauptmittel der raschen und energischen Ausbreitung des sabinischen Stammes. Das Sprachgebiet dieses Stammes umfaßte zur Zeit seiner Blüte halb Italien", sagt Schwegler[3] und er leitet von einer dieser Aussendungen die Theilnahme der Sabiner an der Entstehung Rom's ab. „Sie sandten Pflanzvölker in die untern Tiberlande, gründeten hier zahlreiche Niederlassungen, unter denen besonders die Stadt Cures genannt wird, und schoben endlich ihre Ansiedlungen dem Flußthal des Tiber entlang so weit vor, daß sie nur noch 240 Stadien vom tyrrhenischen Meer entfernt waren. Die vorgeschobenste ihrer Niederlassungen war diejenige auf dem nachmals s. g. quirinalischen Hügel: sie war, wie die Sage berichtet, eine Aussendung von *Cures*, und vereinigte sich nachmals mit der latinischen Niederlassung auf dem Palatin zu einem auf Vertrag gegründeten Föderativstaat. Man darf diesen Ueberlieferungen, im Allgemeinen wenigstens, unbedenklich Glauben schenken.[4]

Rücksichtlich der Etrusker hält Schwegler für wahrscheinlich, daß sie, obschon der umbrischen Völkerfamilie fremd, doch dem indogermanischen Sprachstamme angehörten, und sagt:[5] man dürfe annehmen, daß die Einwanderung der Etrusker die letzte jener vorhistorischen Einwanderungen war, durch welche Italien seine nachmalige Bevölkerung erhalten hat: denn die Einwanderung der Kelten und die Stiftung der griechischen Colonien in Unteritalien falle schon in die halb historische Zeit; die von den rasenischen Eroberern unterjochte und zu Hörigen gemachte Grundbevölkerung Etruriens müsse den Sabinern stammverwandt gewesen seyn; der Einfluß des Etruskischen auf die Ausprägung der römischen Nationalität sei ein ziemlich geringer geblieben, weder *Atrium* noch *Toga*, weder die Larenreligion noch die Auguraldisciplin Rom's sei von dort entlehnt; nur die formale Ausbildung der Lehre vom *Templum* und von der Landesvermessung, die Haruspicin, die bauliche Kunsttechnik und manches Cärimonial scheinen von dort entsprungen.

Die Romulische Niederlassung ist nach Schwegler's[6] Ansicht nicht die erste. „Dürften wir der Sage glauben, so hätten um den Besitz dieser Hügel schon in unvordenklicher Zeit erobernde Stämme mit der alten eingebornen Bevölkerung gekämpft. Es sollen ureinwohnende Siculer auf diesen Hügeln gesiedelt und eine Stadt Namens Rom bewohnt haben; darauf sollen die s. g. Aboriginer aus Reate die Siculer von dort vertrieben, deren Wohnsitze ein-

---

1) Schwegler a. a. O. S. 194. — 2) I. S. 211. — 3) I. S. 241. — 4) Ders. I. S. 243.
5) I. S. 268—277. — 6) I. S. 351. 480. 512. Dazu Lange Röm. Alterth. I. S. 73.

genommen und namentlich auch auf dem palatinischen Berge sich niedergelassen haben; darauf gründet, wie erzählt wird, auf diesem selben Berge der Arkadier Euander eine Colonie; zu gleicher Zeit soll eine andere Griechenschaar im Gefolge des Hercules nach Latium gekommen seyn, auf dem saturnischen Hügel sich niedergelassen und dort die Stadt Saturnia gegründet haben; endlich soll auch auf dem Janiculus eine vorrömische Stadt gestanden haben: Plinius nennt sie Antipolis. Rechnet man zu diesen Niederlassungen die Romulische hinzu, so hat Dionysius (I, 73) der Sache kaum Genüge gethan, wenn er nur eine zwei- bis dreimalige Gründung annimmt.“ Nach der Grundvorstellung der römischen Sage war die gründende Bewohnerschaft des Palatin Hirtenvolk (I. S. 457), allerdings latinischen Stammes; daß die Sabiner des Tatius ursprünglich auf dem Quirinal gesiedelt haben, sei eine Tradition, die allen Glauben verdiene. Der Stamm der Luceres endlich könne nicht aus Etruskern bestanden haben, nur der Hinzutritt der Albaner könne es seyn, was zum Stamme der Luceres den Grund gelegt hat.

Auch Mommsen unterscheidet drei italische Urstämme, die er Japyger, Etrusker und Italiker nennt. Die Japyger sind die Messapier Schwegler's, dieselben, welche Kirchhoff[1] mit dem Collectivnamen Siculer genannt wissen wollte. Mommsen[2] erkennt den Japygischen Dialect als einen vorgriechischen und vom Oskischen verschiedenen[3]. Unter den Italikern unterscheidet er einen westlichen (Lateiner) und einen östlichen Stamm, welcher sich wieder in Umbrer und Osker schied, und er vermuthet, daß die Lateiner vor jenen ihre Plätze in der Ebene einnahmen. Er verwirft die s. g. römische Ursprungssage, in der ein städtegründendes Hirten- und Jägervolk auftritt; indem er sich die Seßhaftwerdung der Latiner am Albanergebirge und meerwärts als eine allmähliche Zusammensiedelung größerer Geschlechtergenossenschaften, die sich um gemeinsame Burgen und Gerichtsstätten sammelten und zu einem Gaubunde zusammentraten, denkt, läßt er Rom selbst aus synökistischer Verschmelzung dreier Gaue: der latinischen Ramner und Lucerer und der sabinischen Titier hervorgehen. Hieran nun knüpft Mommsen die Vermuthung, Rom sei so früh zu seiner hervorragenden politischen Stellung innerhalb Latium's dadurch gelangt, daß es strategisch fest und commerciell günstig gelegen, zwar vielleicht die jüngste unter den latinischen Städten und eine mehr gemachte als gewordene Stadt, sich vorzugsweise zum Emporium für den latinischen Fluß- und Seehandel eignete, und dadurch als städtisches Gemeinwesen rasch aufblühte. Daß die später mit Rom verwachsene Ansiedelung auf dem Quirinal eine sabinische (von Cures aus) gewesen, erklärt Mommsen (gegenüber Schwegler I. S. 480) für gänzlich unerwiesen, wenn auch im Allgemeinen für möglich. Längere Zeit hätten sich die Bergrömer vom Palatin oder von der eigentlichen Siebenhügelstadt (Montani) und die Hügelrömer vom Quirinal (Collini) als befehdende Gemeinwesen gegenübergestanden, aber dann die ersteren ein Uebergewicht gewonnen. Von der Tuskischen Sprache bemerkt er, daß sie von den sämmtlichen griechisch-italischen Idiomen eben so weit abstand, wie die Sprache der Kelten und der Slaven; „so wenigstens klang sie den Römern: tuskisch und gallisch sind Barbarensprachen, oskisch und volskisch Bauernmundarten. Die Etrusker, sagt schon Dionysios, stehen keinem Volke gleich an Sprache und Sitte; und weiter haben

1) Allgem. Monatsschrift für Literatur 1852. S. 598. — 2) Unterital. Dialekte S. 85. 363.
3) Röm. Geschichte Bd. I. Kap. 2. 3. 4. 8. 9.

auch wir nichts zu sagen. Höchstens deuten einzelne Spuren darauf hin, daß die Etrusker den Indogermanen beizuzählen sind".

Lange[1] schließt sich den Forschungen von Schwegler und Mommsen in vermittelnder Weise an; jedoch rücksichtlich der Japyger stellt er die Möglichkeit überseeischer Einwanderung von Hellas her in den Vordergrund, die Siculi hält er für eine Abzweigung der Latini, ebenso die Ausones in Campanien (beide wurden hellenisirt), endlich die alten Tusci für einen Zweig der Umbrer, von denen die stammfremden und (sowohl den Latinern als den Umbrern) nationalfeindlichen Etrusker, d. h. die von Norden eindringenden barbarischen *Rasennae*, welche dann den Namen der Unterjochten angenommen haben mögen, zu unterscheiden seien. In den Resten der voritalischen Bewohner oder Autochthonen findet Lange ein Element der sabinischen und latinischen Clientel, in den Resten der umbrischen Tusci ein Element der römischen Plebs. Nach seiner Ansicht ist *Rama* der Urname der Stadt Rom gewesen. Ueber die Gründe des raschen Aufblühens Rom's stimmt er mit Mommsen ziemlich überein, ebenso über die Unterscheidung einer ältesten städtischen Ansiedelung der Ramnes auf dem Palatin (*Roma quadrata*, das Palatinische oder Romulische Rom) und einer später mit ihm zusammenwachsenden sabinischen Gemeinde: nur daß Lange hier das sabinische Element mehr betont, die Abstammung desselben aus Cures völlig verwirft, und es vielmehr mit dem allgemeinen Vordringen sabellischer Stämme von den Gebirgen nach der Westküste zu in Verbindung bringt. Quirites hießen nach Lange die vereinigten Ramnes und Tities (Kreis der altbürtigen Geschlechter), weil sie in *curiae* gegliedert und nur durch diese vereinigt waren; Numa's Thätigkeit mag der engeren Verbindung beider Gemeinwesen gegolten haben. Die Luceres (neubürtigen Geschlechter) endlich sind übergesiedelte Albaner, welche das progressive Element in Rom verstärken halfen.

## II.

## Die Gründung Rom's.

So steht denn die alte Frage noch immer neu da, wie denn eigentlich Rom's Ursprung zu denken sei. Mommsen denkt sichs in der Entstehung als Emporium[2], als merkantil geplanten Vorort der Italiker an der nördlichen Grenzmark: darum auf den ältesten Münzen Rom's im Revers ein Schiffsschnabel[3], darum die älteste Colonie Rom's eine Seestadt (*Ostia*); und merkwürdig stimmt damit, was Livius in einer vom Sabinerkriege des Tullus Hostilius handelnden Stelle (1, 30) sagt: *Tullus ad Feroniae fanum mercatu frequenti negotiatores Romanos comprehensos querebatur,* und was er an anderer Stelle (5, 54) den römischen Nationalhelden Camillus, da dieser Rom vor einer Secession bewahren will, (i. J. 387. v. Chr.) sagen läßt: *non sine causa Dii hominesque hunc urbi condendae locum elegerunt, saluberrimos colles (?), flumen opportunum, quo ex mediterraneis locis fruges devehantur, quo maritimi commeatus accipiantur; mare vicinum ad commoditates, nec expositum nimia propinquitate ad pericula classium externarum: regionum Italiae medium, ad incrementum urbis natum unice locum.* Und doch, wer möchte sich leicht entschließen, einer Hypothese Raum zu geben, welche

---

1) Röm. Alterthümer, Bd. I. § 23. 24. 26—28.
2) Vergl. schon Schultz Grundlegung z. e. Staatswissensch. d. Römer (Köln 1833) S. 134.
3) s. Schwegler I. S. 213. (*Plin. hist. nat.* 33, 13; *Serv. Aen.* 8, 357).

Rom's ganze Geschichte ablöst von seinem Ursprung und den gewählten Platz in den Vordergrund des Ursprungsbildes rückt!

„Jedem Staate gehen die Bedingungen seines Ursprungs nach, keiner kann seine historische Basis ändern, und wenn es wahr ist, daß ein Reich mit denselben Mitteln behauptet werden muß, durch welche es begründet worden, so hat auch der umgekehrte Schluß einigen Schein von Wahrheit, daß mit denselben Mitteln, durch welche ein Reich behauptet werden muß, in der Regel auch seine Gründung bewerkstelligt worden ist.“ Mit diesen Worten paraphrasirt Schwegler[1] den Ausspruch des Sallust (*Cato c. 2*): *imperium facile his artibus retinetur, quibus initio partum est.* Nun ist aber in der That wenig kaufmännische Sitte im Römerthum wahrzunehmen: man vergleiche es nur mit den Hellenen, Phöniziern, Rhodisern, Massiliern und Puniern! Der Handelsberuf stand nie in Ansehn bei den römischen Bürgern. Handel und Krieg sind sich feindlich, die kriegerischen Römer zeigten nie die Spuren eines Handelsvolks, Rom hatte nie die Art einer Kaufmannsstadt. Und bloß im Anfang sollte der römische Geist, der so in sich consequent durch alle Jahrhunderte geblieben, ein Handelsgeist gewesen seyn?

Mir scheint außerdem das Gewicht, welches in jener Hypothese dem Platz und Boden, auf welchem Rom gegründet ward, in Anbetracht der Art der antiken Volksstämme zu groß zu seyn. Für den allerdings, welcher von der Betrachtung germanischen Staatswesens herkommt, hat es etwas Ansprechendes, den Staat auf das Land zu gründen (Landesherr, Landrecht, Landesmünze) und die Leute vom Lande abhängig zu denken. Aber bei den Hellenen und Italikern scheint mir das Verhältniß umgekehrt gewesen zu seyn, und nicht bedeutungslos ist, daß das Staatswesen *res publica* (*populica*), *civitas*, also Bürgerschaft heißt, und der Staat auch im Volksheer (*exercitus, populus in procinctu*) unterwegs seyn konnte. Auch das römische Staatswesen ist primär von den Bürgern, nicht von den Aeckern aus zu construiren[2] und damit stimmt es schwer, daß die Lage Rom's in der angegebenen Weise maßgebend gewesen sei. Rom's Ursprung und Genius kann also nicht durch Handelszwecke bestimmt worden seyn. Damit soll übrigens nicht verkannt werden, wie wichtig der Tiberfluß für das ursprüngliche Gemeinwesen war, welches durch ihn gegen das nördliche Ausland (*trans Tiberim*) geschützt war und sich südlich desselben stromauf- und abwärts (*supra infraque Romam: XII tabb.*) hinstreckte.

Halten wir uns innerhalb des Rahmens der römischen Tradition selbst, so haben wir uns Rom als eine militärisch organisirte Doppel-Pflanzstadt verhältnißmäßig jungen Ursprungs unter den alten Städten Italiens zu denken, als einen von Sabinern einerseits und von Latinern anderseits vorgeschobenen festen Posten, als Grenzfestung, *arx* und *propugnaculum.* Indem das heranwachsende Rom in der Anlegung von Colonien seine höchste Meisterschaft bethätigte, schuf es recht eigentlich aus seinem innersten Geist heraus; Rom, die Colonie, verstand sich, wie nie wieder ein Volk, auf's Colonisiren; Rom war das Urbild, seine Colonien seine Ebenbilder; wie Rom geboren war, gebar es wieder.[3]

---

1) Röm. Geschichte, I. S. 524.

2) *Curia* ist *con-viria*, (Mitmännerschaft — *centuria* heisst zuerst Hundertmännerschaft und nur ableitungsweise ein Hundertackercomplex (Schwegler I. S. 451) — *tribus* ist zuerst Volkseintheilung und dann Landeseintheilung.

3) *Liv.* 1, 56; 2, 34; 4, 11: *colonia, quae arx esset — coloni praesidii causa adversus hostes. Cic. pr. Fontejo* 1, 3: *colonia nostrorum civium, specula populi Romani ac propugnaculum istis ipsis natio-*

Aber es war keine einfache Colonie; sabinische und latinische Götter umstanden seine Wiege: in doppelter Beziehung war Rom eine Pflanzstadt, so daß seine Eigenart aus einer Mischung umbrosabellischer und latinischer Art erwuchs, und in ihm die Vertretung beider Hauptzweige der italischen Völkerfamilie zusammentraf. Rom, das also in seinem Ursprung Italien repräsentirte, einigte nachher naturgemäß Italien unter seinem Scepter als gebornes Haupt der Halbinsel. Die conservative und religiöse Art des sabinischen Bergvolks gesellte sich zu der progressiv-beweglichen und bürgerlichen Art des latinischen Volks der Ebene[1]: es war ein Ehebund des männlich-latinischen Stammes mit der weiblich-sabinischen Völkerschaft[2]. *Latium* und das Sabinerland lieferten dazu ihr Contingent und natürlich jedes auf seine Weise: die Weise aber war die doppelte ethnischer Entladung oder Expansion, welche möglich ist: ich unterscheide sie als Austreibung oder Emigration und Aussendung oder Colonisation.

Die Emigration, wie sie in der umbro-sabellischen Sitte heiliger Lenze auftritt[3], entspringt einer heiligen Handlung, der Weihung einer Generation mit allem, was derselbe Frühling an Menschen, Thieren und Früchten hervorbringt; aber diese Emigration ist eine Ausstoßung und entfremdet den Tochterstamm, der sich vom Vaterland löst, wie der junge Vogel, der das Nest verläßt und vergißt; sie ist ein Naturproceß und eine verhältnißmäßig rohe Form der Entladung. Die Colonisation dagegen, wie sie in der latinischen Sitte begründet ist, erscheint mehr als ein politischer (weniger sacraler) Akt; nicht was zusammen geboren ist, sondern eine planmäßige Auslese, eine künstlich gesammelte Schaar Einzelner wird entlassen und ausgesendet, aber nicht verstoßen, sondern wie ein Netz, das man in der Hand behält, in fremdes Land ausgeworfen. Jede Colonie dieser Art war ein exterritoriales Stück des Vaterlandes, ein Glied des politischen Stammkörpers und mit ihm in dauerndem und wesentlichem Verband verharrend. Offenbar ist das politisch betrachtet eine höhere Methode; die Colonisation ist ein Kunstproceß, die feinere, zähere und siegreichere Form der Entladung, welche darum dem latinischen Element in Rom den endlichen Sieg garantirte. — In der Emigration tritt göttliche Weihe, in der Colonisation menschlicher Plan hervor.

Die eine ist die bäuerliche, die andere die städtische Art zu pflanzen und zu wachsen. Die städtische Art siegte, und damit war Rom's Stadtkarakter für alle Zeit besiegelt. Unter den ersten Regenten streiten beide Arten um den Vorrang; unter *Tullus Hostilius* bereitet sich das Uebergewicht des Latinergeistes vor, worauf dann die Aufnahme der Plebs die Latinisirung Rom's vollendet und sein städtisches Gepräge entscheidet.

Gegen die Annahme eines *ver sacrum* auf dem *mons Quirinalis* lassen sich keine gewichtigen Bedenken erheben, mag es nun auf *Cures* als Quelle zurückführbar seyn oder nicht; aber daß latinischer Seits eine Colonie auf dem *Palatinus* anzunehmen sei, ist von Schwegler[4] bestritten worden: weder eine Colonie, noch auch eine Secession von Alba Longa aus sei Rom, sondern

*nibus oppositum. Cic. de lege agr. 2, 27: majores nostri colonias sic idoneis in locis contra suspicionem periculi collocarunt, ut esse non oppida Italiae, sed propugnacula imperii viderentur. Gell. (N. A.* 16, 3)*: coloniae quasi effigies parvae simulacraque populi Romani*.

1) s. Schwegler I. S. 235. 244.

2) Die römische Tradition kleidete dies in jenen Ursprungsmythus, in welchem Mars, ein Wolf, eine Wölfin, ein Specht die bekannte Rolle spielen (s. Schwegler I. S. 384 ff.); die latinischen Sprösslinge werden von einer Wölfin gesäugt und von einem Specht geatzt; Wolf und Specht, Thiere des Mars, pflegten die heiligen Lenze zu führen. Sabinischer Ammendienst zog Rom gross.

3) Schwegler I. S. 240. — 4) Röm. Gesch. I. S. 452. 455.

vielleicht ein Hirtenabenteuer. Ich bin hiervon nicht überzeugt. Ein Grundzug der Tradition bleibt doch, daß Rom von Alba ausgegangen sei, und bedeutungsvoll ist, daß seine Gründer Sprößlinge der Albanischen Regentenfamilie sind, daß Romulus nach Numitor's Tode den Albanern alljährlich ihren Regenten bestellt hat, daß Rom noch vor Tullus Hostilius im Conubium mit Alba erscheint und ein zwischen beiden Staaten bestehendes *foedus* erwähnt wird[1]. Wenn trotzdem Rom unter Romulus anfangs sehr isolirt auftritt, von einem Verhältniß beider Städte, wie zwischen Mutter- und Tochterstadt, wenig zu merken ist, und Heimatlose und Ueberläufer die Stadt geschaffen und bevölkert haben sollen[2]: so erklärt sich das theilweise schon aus dem römischen Stolz, welcher es vorzog, eine Zusammenwürfelung und *convenarum plebs et colluvies* zu heißen, statt als ein Absenker und Zweig zu gelten, lieber von Abenteurern, als Sendlingen gegründet seyn wollte und die Wurzeln seines Selbstbewußtseyns über alles Stadtwesen hinaus in den Urstand des Jäger- und Hirtenthums hinabsenkte, um seinen Anfang in dem Anfang aller gesellschaftlichen Existenz zu haben und Niemandem Etwas, Alles und sogar seine Entstehung sich selbst zu verdanken. In diesem Zuge der Tradition spiegelt sich also der römische Gedanke von Rom's absoluter Ursprünglichkeit: bringen wir diese Selbstüberhebung, wie billig, in Abzug, so bleibt als Kern die Herkunft von Alba, und die Tradition hat den Coloniekarakter noch überdieß deutlich genug darin bestätigt, daß es Rom in denselben Formen gestiftet werden läßt, wie Rom selbst dann immer bei der Gründung von Colonien verfuhr (300 Pflanzer mit je zwei Joch Ackers, *bina jugera*).[3] Zur völligen Erklärung jenes Schaarungszugs in der römischen Tradition ist aber endlich noch hinzuzufügen, daß er, wenn auch in etwas derben oder plumpen Strichen, doch aber nicht unrichtig den durchschnittlichen Hergang bei solchen künstlichen Colonieentsendungen schildert, zu welchen sich bekanntlich nicht Personen erster Qualität, sondern zumeist Leute, die nichts zu verlieren hatten und ohne rechte Wurzeln in der Heimat waren (Uneheliche, Verkommene, Unruhige und Unzufriedene), zusammenfanden und bereit stellten. In der „freien Vereinigung Heimatloser"[4] und der so gar wenig wählerischen Rekrutirung des Colonencontingents finde ich also den Gegensatz künstlicher Colonisation zu dem Naturproduct des *ver sacrum* accentuirt. Die einfache Thatsache, daß das palatinische Rom eine latinische Colonie war, ist verdeckt durch das Trachten der Römer, theils dem *ver sacrum* gegenüber die andere künstliche Entstehungsweise der *Roma quadrata,* theils allen italischen *Oppida* gegenüber die originale und primitive Art der *Urbs* zu betonen.

## XIV. Kapitel.

### II. Die vier Lebensalter des Römerthums.

(Zu § 52–55.)

### I.

### Der römische Karakter.

Rom's Name klingt fast wie das Fatum in der Weltgeschichte. In einer Stadt scheint sich eine ganze Nationalität zusammenzufassen, und diese Stadt,

---

1) s. Schwegler I. S. 453. 584., der freilich den Dionysius (2, 37) des Pragmatismus beschuldigt, und ähnliche Vorwürfe dem Plutarch und Livius (1, 23) zu machen scheint.

2) s. Ders. I. S. 465. — 3) s. Schwegler I. S. 451; Marquardt Röm. Alterth. III. 1. S. 15.

4) Schwegler I. S. 416.

diese Nationalität ist eine Weltmacht geworden, eine Weltmacht von unvergleichlicher Triebkraft und Zähigkeit. Das Römerthum ist die incarnirte Energie; darum wenn die Energie das specifische Element des Rechts ist, mußte auch Rom der classische Boden der Rechtserzeugung werden. Das, was wir unter Karakter im eminenten Sinne verstehen, hängt mit der Energie[1] aufs Engste zusammen: einen Karakter nennen wir den Geist, welcher sich selbst energisch zusammennimmt, jederzeit beherrscht und als denselben bestimmten und unwandelbaren in der mannichfaltigen Aufeinanderfolge des Handelns erweist. Solcher Karakter bildet sich nur im Kampfe des Lebens, und je tiefer und innerlicher dieser Kampf ist, um so voller und kräftiger gedeiht der Karakter, wenn er Sieger bleibt; am tiefsten aber ist der Kampf, wenn die eignen Elemente des Geistes gährende Gegensätze des menschlichen Lebens sind. Mit solchen Gegensätzen hat Rom begonnen, im Kampfe derselben ist es gewachsen, und sie innerlich bewältigend ist es zur Weltmacht geworden.

Der Dualismus, mit welchem Rom beginnt, ist zunächst ein stammlicher: diese Thatsache trotzt aller Anzweiflung. Rom ist von Anfang eine Doppelstadt, die römische Nationalität synkretistisch entstanden aus zwar verwandten, aber doch verschiednen Stammesindividualitäten; die Latiner und die Sabiner haben beide beigetragen, und daher kommt es, daß die Römer selbst[2] sich weder zu jenen, noch zu diesen zu rechnen pflegten.

Die Sabinischen Bergvölker zeigten ein Festhalten an den religiösen Traditionen und den natürlichen Ordnungen des Geschlechterwesens, während die Männer der latinischen Ebene einen Trieb nach freier selbstbewußter Bewegung im Leben und Verkehr entwickelten, zu kriegerischer Initiative immer gerüstet. Man hat hier den Dualismus des weiblichen und männlichen Elements erkennen wollen, und könnte, um die Tiefe des Gegensatzes auszudrücken, jedenfalls nicht tiefer greifen. Man könnte ebensogut von einem Gegensatze orientalischer und occidentalischer Tendenz reden, welche sich bei den östlichen Sabinern und den westlich gekehrten Latinern geregt habe, oder den Dualismus des Priester- und des Kriegerstandes angedeutet finden, welcher im Orient zu einem Rassen- und Kastengegensatze ausgeprägt auf italischem Boden sich nur stammweise dargestellt und in Rom also mit ungewöhnlichem Glück verschmolzen habe. Genug, es waren jedenfalls bedeutsame Gegensätze vorhanden, welche, durch den Unterschied energisch angelegter und in ihrer vollen Naturkraft aufwachsender Stammesindividualitäten gegeben, um das Capitol herum wie in einem Brennpunkt zusammengetroffen waren.

In einem solchen Processe kampfvollen Werdens kann die reine Naivität natürlich nicht gedeihen, und darum treffen wir im Römerthum früh ein Element künstlicher Planmäßigkeit und organisatorischer Reflexion. Rom ist nicht geworden, sondern „gemacht“: dieser Gedanke ist auch der Grundfaden, welcher durch die römische Sage vom Entstehen und Wachsen der Stadt geht; daraus wird erklärlich, daß immer mit so ungemeiner Raschheit und Klarheit die politischen und juristischen Triebe zu plastischen Instituten ausgemünzt wurden, und daß vor dem nüchternen Realismus die Phantasie nicht zur Blüte und der Kunsttrieb nicht zur selbständigen Entfaltung gelangen konnte[3].

1) s. Curs. § 3. — 2) s. Schwegler I., S. 488. 503.
3) Mommsen, Röm. Gesch. I. S. 469. 485. Ihering, Geist d. R. R. I. § 20. z. A.

Dazu kommt Folgendes. Die römische Nationalität ist die italische; während bei anderen Nationen die Entwicklung an vielen Punkten einzusetzen pflegt, die dann zur Einheit zusammenstreben, ging im alten Italien Alles von Einem Punkte, von Rom aus. Rom kämpfte den Gegensatz der Stämme durch als einen inneren Kampf, und nach Außen trat es immer mit der Vollkraft expansiver Einheit auf; so prägte es der Geschichte der italischen Nation jenen Karakter der Centralität auf, welcher Rom als den Anfang erscheinen und Italien aus Rom hervorgehen ließ. Rom sollte sich selbst geschaffen, das römische Volk ohne die Bedingungen des gewöhnlichen Völkerlebens ganz von vorn begonnen haben, wie das Menschengeschlecht gleichsam am Anfang aller Geschichte. Mit dieser Vorstellung warf der Geist römischer Reflexion ein Spiegelbild von der geschichtlichen Thatsache zurück, daß Rom, der aus disparaten Stammelementen gemischte Grenzort, unter außerordentlichen Umständen gestiftet, alle Phasen des politischen Genius von Neuem und selbständig durchlaufen und die juristische Kosmogonie im Kleinen recapitulirt hat. Rom hat von und mit sich angefangen, und diese monopolartige Stellung weiß es im Gewühl der Völker und ihrer Götter und Sprachen zu behaupten als Hort der Ordnung und Getzgeber der civilisirten Welt[1]. —

Die römisch-italische Nation war eine karaktervolle wie keine andere, in keiner Nation sind so viele Männer Karaktere gewesen. Es ist mit den Völkern, wie mit den Individuen. Alle bedeutenden Karaktere beginnen mit strebenden Widersprüchen und sind nicht von einem einfachen Centralpunkte ihres Wesens und Strebens aus zu begreifen; alle Willenskräfte werden da geweckt und gestählt im Ringen des Geistes, welcher einen Gegensatz der Pole in sich tragend die Ueberwindung des Gegensatzes als Lebens- und Existenzfrage betrachten muß. Ich ist, wie Fichte gesagt hat, das Sich-selbst-setzende, wir sind nur Ich, indem wir uns selbst dazu machen: im fortwährenden Kampfe um die eigene Existenz trift diese Willensthat des Selbstbehauptens und Selbstbestimmens, der Centralact der persönlichen und der nationellen Energie hervor, und darum ist Rom's innerer und äußerer Kampf das Urbild menschlicher Energie. Ein Sieg, welcher in solchem Kampf erfochten wird, gehört zu denen, welchen nicht die Gefahr der Erschlaffung folgt. So hat Rom im kleinsten Punkte die Nationalkräfte zusammengefaßt und aus der wechselseitigen Assimilirung ihrer Elemente die Kraft gewonnen, nach und nach ganz Italien sich zu assimiliren. Rom hat mit einem Dualismus begonnen, und es ist wie ein Lebensgesetz Rom's, daß nach Erledigung der alten immer neue Gegensätze sich dem römischen Geiste zur Aufgabe stellten[2].

Es ist der Triumph der Energie im edelsten Sinne, welcher durch Rom's Geschichte hindurchgeht. Das Recht Rom's athmet bis in seine feinsten Theile herab diesen Stolz der großartigsten und prachtvollsten Energie. Wie der Römer, wo wir von einer Lage der Dinge und von einer Tugend reden, seinen *status rerum* und seine *virtus* hatte, so faßte er die „Ersitzung" als *usucapio*, die „Klage" als *actio* (Handlung), das Eigenthum (Pertinenzverhältniß) als Herrschaft (*dominium*), die Erbschaft als Herrenthum (*herus, heres, hereditas!*); alles ächte Vermögen war unter dem Symbol der Lanze erworben und stand unter dem Gesichtspunkt der Eroberung, der *occupatio;* das ächte volle *judicium* (*supremum*) war gleichbedeutend mit der *voluntas*

---

1) Schwegler I. S. 466. Ihering I. § 8. S. 96—99 und § 20. S. 318. 331. (d. 3. Aufl.). Lange Röm. Alterthümer I. § 26. S. 85.

2) Vergl. C. Hegel, Gesch. d. Städteverfass. in Italien, I. S. 2.

(*ultima*); der Beamte, den wir Vorsitzenden oder Vorsteher nennen, hieß bei den ältesten Römern *Praetor* (*qui praeit:* Anführer).

Aber in diesem Strome kämpfender Lebenskräfte lassen sich viele hochbedeutende Wellen und Wogen individueller Energie unterscheiden. Es ist nicht wahr, daß der römische Typus die Macht und das Verdienst genialer Initiativen verhindert habe. Nicht sind bloß Appius Claudius Caecus, Gaius Gracchus, Q. Sertorius und Jul. Caesar geniale Geister gewesen: Rom war überreich an Karakteren, welche Genies des Handelns zu nennen sind; man denke nur noch an Terentilius Arsa und Camillus, Porcius Cato und Mucius Scaevola Pontifex, Scipio Africanus und Sulla, Männer, welche sich den ersten Größen aller Zeiten anreihen. Hier ist nicht „Virtuosität", wie man gesagt hat, sondern Genialität, und es ist nicht zulässig, da vom Triumph der „Selbstsucht" zu reden, wo mit der eminentesten Mächtigkeit des Triebs zum Handeln die opferfreudigste Hingebung an die großen Zwecke des gemeinsamen Staatswesens verbunden war. Man hat gesagt, daß Rom das Genie nicht habe aufkommen lassen, und daß es, anders als Hellas, seine Größe „mit der Aufopferung der anmuthigen Mannichfaltigkeit und innerlichen Freiheit theuer" bezahlt habe: ich möchte aber wissen, welche Nation eine solche Fülle interessanter, bedeutender, karakteristischer Staatsmänner, Feldherren und Redner aufzuweisen habe, und ob nicht in Hellas die schaffenden Dichter und Künstler unter einem ganz gleichwerthigen Zug und Maß gemeinsamer Entwicklung, Stimmung und Ueberlieferung gestanden haben, wie es im strengen Druck des römischen Gemeinwesens erkannt worden ist. Uebrigens ist die praktische Energie nur da wahrhafte Manifestation des Genie's, wo dieses über sich gewinnt, sich in Harmonie mit den gegebenen Factoren zu setzen. Leichter ist es, die Brandfackel individueller Impulse in einen Bau zu schleudern, als mit ruhiger Leuchte methodisch den Schein durch alle Räume zu verbreiten. Die Flamme fehlt dort und hier nicht, aber dort fehlt die σωφρωσύνη und *gravitas*, die hier hinzukommend erst das Genie zum wahren Genie stempelt.

## II.

### Die erste Regentenreihe.

(Die drei Schöpfer Rom's.)

Daß die altrömische Regentenfolge sehr verschiedenartige Elemente birgt, welche zu einer Unterscheidung zweier Reihen auffordern, und daß in den sieben Regentennamen (Remus, Lucumo und Titus Tatius ungerechnet) die spätrömische Reflexion das Bild der volk- und staatbildenden Faktoren in ihrer Combination und Succession zusammenfaßt, ist jetzt ziemlich allgemeine Ansicht. Unser Blick fällt zuerst auf die ersten drei Regenten.

Romulus ist Kind eines Gottes, Numa mit einer Göttin vermählt; eine mythische Figur solcher menschliches Maß übersteigenden Art ist Tullus Hostilius nicht, „mit ihm fängt der Tag der römischen Geschichte zu grauen an",[1] doch vervollständigt er die erste Gruppe. Wenn Romulus und Numa sich wie Vater und Mutter zu Rom's Zeugung vereinigen, so mag auch Tullus Theil an der Geburt haben als Geburtshelfer: mit Alba's Zerstörung macht sich der werdende Staat los von seinem Mutterschooß; bis dahin ist er im älteren latinischen und sabinischen Herkommen noch gleichsam „embryonisch verschlos-

1) Schwegler I. S. 579.

sen“ gewesen[1]. Um alle drei Regenten hat der Mythus den Schleier eines mystischen Helldunkels gewoben; jeder hat sein Attribut[2].

Alle drei haben wichtige Volksbestandtheile dem Organismus zugeführt, bez. in ihm vertreten: Romulus die Ramnes, Numa die Tities, Tullus die Luceres; sie sind die Schöpfer der ethnischen Trias. Drei Berge (Palatinus, Quirinalis, Caelius), vielleicht drei Gaue, hangen mit den 3 Namen zusammen. Mit der Massenaufnahme Albanischer Geschlechter ist das alte gentilicische Rom fertig.

Alle drei können auch als Erzeuger eines Originalorgans des Staatswesens gelten, denn Romulus gründet und gliedert den *populus* in seiner verfassungsmäßigen Gestalt (*comitia*); an Numa's Namen knüpft sich die Institution des Wahlkönigthums, denn er ist der erste Regent, der sich wählen läßt, den Wahlgang ordnet und mit dem sacralen Beruf des Regenten (*rex*) Ernst macht; und Tullus hat das Verdienst, den Rath der Alten als selbständiges Staatsorgan fundirt zu haben, was in der Erbauung der hostilischen Curie ausgedrückt ist. Erst mit dieser, die über 6 Jahrhunderte lang der Versammlungsort des Senats blieb[3], vollendet sich der politische Grundriß Rom's (*comitia, rex, consilium publicum*).

Mit welchen Factoren aber hat ein Gemeinwesen, das activ ist, zu rechnen und zu handeln? mit drei Factoren: das sind die eigenen Bürger drunten, die eignen Götter droben und die Nachbarschaft ringsum (mit ihren Bürgern und Göttern). Sie zeigen die drei Dimensionen des Staatslebens, und auch diese wieder finden sich in den drei Urregenten verkörpert. Romulus hat den Verkehr der Bürger unter einander, Numa den Verkehr des Gemeinwesens mit den Göttern und Tullus den mit den Nachbarn geregelt und belebt[4]. Daß Numa diese Aufgabe hatte, ist kein Zweifel; aber auch über die specifischen Aufgaben der anderen sollten wir nicht zweifeln. Ist es wahr, was Mommsen[5] sagt, das die Richterfunction im römischen Königsamt der Kernpunkt sei, so müssen wir uns Romulus vor Allem als Richter unter seinen Bürgern denken; Praetor war der alte Name der obersten Magistrate seit der Abtrennung des Priesterthums, und schwerlich ist es zufällig, daß dieser Name dann gerade den Jurisdictionsbeamten zugetheilt ward; Romulus ist Richter, Staatsordner im Innern, Lenker des bürgerlichen Lebens und Verkehrs. Tullus aber ist der Anführer der Bürgerschaft im Kampf nach Außen, er sichert dem jungen Staat die Anerkennung unter den Staaten; nicht Romulus, dessen Kriege „ein Werk armseliger Erfindung“ und ein reflektirter „Abklatsch späterer Vorfälle“ sind[6], sondern Tullus ist der eigentliche Kriegsheld unter den Urregenten, und es ist wohl nicht richtig, wenn Schwegler sagt, Rom sei mit dem Schwert gegründet, und es sei des Romulus Hauptthat, das Kriegswesen des jungen Staats geordnet zu haben[7]. Rom ward friedlich gegründet[8], der Sabinerinnenraub in Güte ausgeglichen, die Rivalität zwischen Romulus und Titus Tatius in einen isopolitischen Treuebund mit gemeinsamem Forum und *sacra via* verwandelt, und die späteren Centurien, nicht aber die Romulischen

---

1) Preller Röm. Mythologie, S. 127.

2) Romulus die 12 Geyer (oder *lituus* und *hasta*: s. Schwegler I. S. 388. 395), Numa die 12 *ancilia*, Tullus die 12 *fasces*. — 3) s. Schwegler I. S. 575.

4) Dem entsprechen ihre Attribute: der *lituus* des Romulus deutet die Stadtdirection, das *ancile* des Numa dessen Verkehr mit den Himmelsmächten und die *fasces* des Tullus dessen internationale Beziehungen an; den *lituus* hatte Romulus von sich selbst, das *ancile* war vom Himmel gefallen und die *fasces* den Etruskern entlehnt. — 5) Röm. Staatsrecht II. 1. (*ed.* 2.) S. 13.

6) Schwegler I. S. 529. — 7) I. S. 524. 526.

8) unter dem *augustum augurium* des Romulus, des ersten und besten *augur*. Schwegler I. S. 517. 526. (*Cic. de divin.* 1, 2, 3).

Curien sind Ausdruck der Wehrkraft Rom's. Dagegen wird von Romulus betont: *vocata ad concilium multitudine jura dedit* (*Liv. 1, 8*); er ordnete das Verhältniß von Patronat und Clientel (*Cic. de rep. 2, 9, 16; Dion. 2, 9*), und sorgte für das *conubium* und *commercium* seiner Genossen; er gab in seinen Wahrsprüchen als Richter dem Gewohnheitsrecht klaren Ausdruck und erschien daher der Nachwelt wie ein Gesetzgeber[1]. Es tritt an ihm am meisten hervor, daß er, fast wie ein Vater, der Stifter, Erzieher und Friedenswirker seiner Gemeinde war. An kriegerischen Thaten und Erfolgen ward er von Tullus weit übertroffen, der „nach allen Seiten hin das Kriegsglück versuchte", der Stadt eine hervorragende Rolle in Latium errang und daher von den Nachkommen als der *conditor omnis militaris disciplinae artisque belli* gefeiert wurde[2]; auch wenn ihm die Einführung der Lictoren und übrigen Königsinsignien von der Tradition beigelegt wird, weist das auf militärisches Regiment, Repräsentation nach Außen und die dem Ausland abgenöthigte Staatsanerkennung hin.[3]

Freilich wird Letzteres von anderen Quellen schon dem Romulus nebenbei zugeschrieben und auch sonst Tullus als Ebenbild und Nacheifrer des Romulus im Kriegswesen vorgestellt. Wir ersehen daraus, daß wir die Bedeutung des Romulus nicht ganz erschöpfen, wenn wir ihn als Richter und Ordner im Innern denken. Rom hat von Anfang herein als wesentliche Mitgift militärischen Sinn bekommen, diese Mitgift begleitet es durch alle Jahrhunderte, und das Schwert entfällt nie wieder seiner Hand. Energie und straffe Ordnung im Frieden, wie im Krieg: das ist römischer Geist. Beides hängt innerlich zusammen, denn nur wer sich selbst allewege in der Gewalt hat, vermag auch nach Außen hin mit dem vollen Nachdruck aller Kräfte sich zu behaupten und auszubreiten. Aus dem römischen Ordnungssinn ging die römische Disciplin hervor, und diese wieder ward zur Schule für jenen; Jahrhunderte hindurch erhielt sich die Sitte, daß jeder römische Staatsmann Militärdienst leisten mußte, bevor er die Staffel der Magistratur bestieg (nur Officiere konnten Steuermänner des Staatsschiffs werden); aber absolut und inappellabel war auch die Gewalt des Heerführers,[4] und die Heerführer anderseits mußten selbst die Gesetze ihrer Disciplin beobachten[5]. Demgemäß finden wir in Romulus, dem Stifter, beides: die Rechtsbildung und die Kriegsarbeit vereinigt; jene ist der primäre, diese der secundäre Beruf, er ist Richter (*praetor*) und daneben Heerführer (*dux, magister populi*).

Endlich darf unter den Karakterzügen des Romulus nicht vergessen werden zu nennen, daß er, unter allen 7 Regenten der Einzige mit Einem Namen, sich durch einen patriarchalen Zug auszeichnet. Das ist nur ein Zug, nicht sein ganzer und voller Karakter; Patriarchie ist überhaupt nicht das Wesen des römischen Königthums, dazu ist es zu reflektirt in allen seinen Elementen. Am meisten nähert sich der erste Regent dem Patriarchenstand, allein auch unter Romulus schon ist das Staatswesen so wenig eine wahre Patriarchie, wie es unter Numa eine wahre Theokratie, unter Tullus ein bloßes Heerlager ist. Zwar regierte Romulus mild, und bediente sich, wie ein Hausvater, in wichtigen Angelegenheiten des Raths der ältesten unter den Genossen; nicht sein Schwert, sondern der Krummstab (*lituus*), mit dem er als Augur die Him-

1) s. Schwegler I. S. 528. 529. Fr. 2. §. 2. *de orig. jur.* (1, 2).
2) Schwegler I. S. 569. 576. 581. Florentin. I, 3, 1. *Cic. de republ.* 2, 17; *Liv.* 1, 22.
3) Schwegler I. S. 581. — 4) *Cic. de leg.* 3, 6.
5) *Officium regentis exercitum non tantum in danda, sed etiam in observanda disciplina constitit* (*Macer in fr. 12. pr. de re milit.* 49, 16). Vergl. *Lamarre de la milice Romaine p.* 320 *sq.*

melsgegenden beschrieben, wurde als heiliges Kleinod der Stadt aufbewahrt und gerettet aus der Asche des Gallischen Brandes gezogen; ja als *parens* wird Romulus von Ennius und Cicero bezeichnet[1]. Und dennoch hat Romulus seine Bürgerschaft nicht gezeugt, sondern frei gesammelt, und die freie Folge der Einzelnen widerstrebt im Princip dem Typus der Familienordnung. Rom ist nie ein Familienstaat gewesen; seine ganze Anlage ist dazu viel zu occidentalisch, und der Satz des Paulus: *disciplina castrorum antiquior fuit parentibus Romanis, quam caritas liberorum* (*fr. 19. § 7. de captiv. 49, 15*) widerspricht aufs Entschiedenste jenem Typus.

## III.

## Zwei Periodentafeln.

Ich habe, die eigentliche Geschichte Rom's mit Ancus und der Plebs beginnend und mit dem Ende der classischen Jurisprudenz beschließend, vier Perioden unterschieden und meine, es ließen sich die Karakterzüge jeder Periode kurz formuliren und in ein Geschichtsbild zusammenfassen.

### I. Tafel.

| 1. Per. | 2. Per. | 3. Per. | 4. Per. |
|---|---|---|---|
| 640—450. | 450—250. | 250—1. | 1—250. |
| Latinische Zeit | Italische Zeit | Mittelmeerherrschaft | *Orbis Romanus* |
| Gewohnheitsrecht. | Gesetzgebung | Edict | Jurisprudenz |
| *Patres et clientes* | *Gentes et plebs* | *nobiles et plebeji* | *privati et milites* |
| *aes signatum* | *aes percussum* | *argentum* | *aurum* |
| Verfassungsgrundriß | Verfassungsausbau | Verfassungsanbau | Verfassungsüberbau |
| Princip der einheitlichen Magistratur. | System der gegliederten Magistratur. | System der Subordination. | Zweites Magistratursystem im Principat und dessen Beamten. |
| *Imperium unitum* (bez. *in solidum*) | *Imperium divisum.* | *Imperium prorogatum.* | *Imperium connexum* (*ac perpetuum*). |

Andere Factoren und Elemente der Entwickelung treten hervor, wenn größere Zeiträume gebildet, d. h. jene 4 Perioden in zwei Epochen zusammengelegt und die drei Jahrhunderte der nachclassischen (byzantinischen) Zeit daneben gestellt werden. Dies gibt die

### II. Tafel.

| National-röm. Zeit | Modernröm. Zeit. | Nachclass. Zeit. |
|---|---|---|
| 640—250. | 250—250. | 250—565. |
| Rom und Italien | Italien und das Mittelmeer | Occident und Orient |
| Nationaler Cultus | Hellenistischer Eclecticismus | Christenthum |
| Kupfergeld | Silberprägung | Goldcourant |
| Colonien | Provinzen | Diöcesen |
| Patricier und Plebejer | Römer und Peregrinen | *Milites* und *privati* |
| Clienten (Geschlechtshörige) | Sklaven (Privathörige) | *glebae adscripti* (Bodenhörige) |
| Privilegirte Rechtskunde (*pontifices*) | Freie Rechtswissenschaft (*juris conditores*) | Planmäßiges Rechtsstudium (Lehranstalten). |
| *Jus strictum* | *jus gentium* | *jus naturale et extraordinarium.* |
| *Legis actiones* | *formulae* | *cognitiones* |

---

1) s. Schwegler I. S. 517. 518. 536.

## IV.

## Fremde Periodisirungen.

Mit der von uns aufgestellten Eintheilung in 4 Perioden sind andere Periodisirungen der Röm. Rechtsgeschichte zu vergleichen[1]. Nach dem Vorgange Gibbon's und unter dem Einflusse Hugo's war es lange üblich, folgende 4 Perioden für die äußere Rechtsgeschichte anzunehmen: 1) bis zu den XII Tafeln, 2) bis auf Cicero, bezieh. bis um d. J. 100 v. Chr., 3) bis auf Severus Alexander und 4) bis auf Justinian[2]. Diese viertheilige Periodisirung gewann die Oberhand über die von Bach beliebte siebentheilige: 1) bis zur Vertreibung der Könige, 2) bis zu den XII Taf., 3) bis zu Augustus, 4) bis zu Hadrian, 5) bis zu Constantin d. Gr., 6) bis zu Theodos. II. und 7) bis zu Justinian.

Mit jener Hugo'schen Periodisirung stimmen im Wesentlichen die meisten Neueren überein, z. B. Pernice[3], welcher jedoch die zweite Periode bis zu Augustus ausdehnt, Schilling (a. a. O.), Marezoll[4] und Rein[5], welche die zweite Periode gleichfalls bis Augustus und die dritte bis Constantin d. Gr. fortführen. Auch Puchta[6] gliedert die Rechtsgeschichte bis auf Justinian in 4 Perioden, aber er schließt die erste mit der ersten Secession (494 v. Chr.) und die dritte mit Diocletian, und Danz[7] steht zwischen Schilling und Puchta, indem er die 1. Periode mit der Secession, die 3. Periode mit Constantin schließt. Walter[8] unterscheidet dagegen wieder 7 Abschnitte: 1) die älteste Zeit, 2) die Aufnahme der Plebejer, 3) die Zeit des Kampfes der beiden Stände, 4) die vollendete Republik, 5) die letzten Zeiten der Republik, 6) von Augustus bis Constantin, 7) von Constantin bis Justinian. Dagegen schließt Esmarch (Röm. Rechtsgesch.) die Darstellung mit der Zeit der classischen Jurisprudenz ab und zerlegt die Geschichte in vier Abschnitte, unabhängig von der einfachen Zeitfolge: 1) das alte Recht der Quiriten, 2) das *jus civile*, 3) *jus* und *imperium* (Magistrate und Imperatoren), 4) das classische Recht.

Es verdient ferner bemerkt zu werden, daß Mommsen (in seinen bis jetzt erschienenen 3 Bdn römischer Geschichte) die Zeit bis Caesar und Augustus darstellt in 5 Büchern: 1) bis zur Abschaffung des Königthums, 2) bis zur Einigung Italiens (266 v. Chr.), 3) bis auf die Unterwerfung Karthago's und der griechischen Staaten (146 v. Chr.), 4) die Revolution der Gracchenzeit, 5) die Begründung der Militärmonarchie.

Becker (Röm. Alterthümer, Thl. 2.) unterscheidet die Königszeit, die Republik und die drei ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit; Lange[9] stellt 6 Perioden auf: 1) bis Tullus Hostilius, 2) bis zur Abschaffung des Königthums, 3) bis zu den *leges Liciniae*, 4) bis zu den Gracchenunruhen, 5) bis Augustus, 6) bis Constantinus.

Unter allen ist es, wie wir sehen, nur Mommsen, welcher ungefähr in dieselbe Zeit, welcher ich die Bedeutung eines Wendepunktes zugeschrieben habe, nämlich in die Mitte des 3. Jahrh. v. Chr. einen Abschnitt verlegt, doch kann zur Unterstützung dieser Ansicht noch geltend gemacht werden, daß so-

1) s. Rein Privatr. S. 6—8. — 2) s. Schilling Lehrb. f. Institut. I. § 24. S. 49.
3) Gesch., Alterth. u. Instit. des R. R. — 4) Lehrb. d. Instit. § 10 ff.
5) Privatrecht d. Röm. S. 36 ff. — 6) Curs. d. Institut. I. § 36 ff.
7) Lehrb. d. Gesch. d. R. R. I. § 6 a. E. — 8) Gesch. d. R. R. § 8 ff.
9) Röm. Alterth. I. § 17.

wohl Preller[1] als Marquardt[2] mit den punischen Kriegen eine neue (die dritte) Periode der römischen Religion ansetzen. Indem ich mit den XII Taf. und mit Augustus gleichfalls Perioden beginnen lasse, nähere ich mich der üblichen Periodisirung wieder an.

Den von mir in die zweite Hälfte des 3. Jahrh. n. Chr. verlegten Abschluß anlangend, so könnte dafür allenfalls schon Puchta[3] angeführt werden, welcher in dieselbe Zeit das Erlöschen der Röm. Nationalität setzt. Esmarch[4] führt überhaupt nur bis zu diesem Zeitpunkt seine Rechtsgeschichte fort, und Lange will die nachconstantinische Zeit auch nur als einen Anhang behandelt wissen.

## XV. Kapitel.

### III. Die ursprüngliche Rechtsordnung oder das patricische Rom.

#### 1. Die *res privata* (Haus und Geschlecht).

(Zu § 56—61.)

Das römische Gemeinwesen der ältesten Zeit zeigt uns eine doppelte Seite: von der einen erscheint es als eine natürliche Gliederung, als gewachsener Boden, auch die Schichtung der Bewohnerschaft gestaltet sich wie ein Naturproceß. Von der anderen Seite erscheint es als eine künstliche und planmäßige Ordnung, wovon das folgende Kapitel handelt. Ueber diese Ordnung besitzen wir einige historische Nachweise, welche unsrem Blicke eine bestimmte Richtung geben, wogegen jene Naturseite sich allem historischen Nachweis entzieht. Demgemäß durfte die im entsprechenden Kapitel des Cursus gegebene Schilderung derselben sich nur in allgemeinen Zügen halten und ihren hypothetischen Karakter nicht verleugnen. Aber der Hypothese kommt die allgemeine Menschenkunde zu Hülfe.

Die Familie ist die sociale Urform des Menschengeschlechts, und darum beginnt alle Geschichte, auch die Rechtsgeschichte, auch die römische Rechtsgeschichte, naturgemäß mit der Familie in ihrer engeren (Haus) und weiteren Bedeutung (Geschlecht). Auf die Frage, wie das Haus- und Familienwesen in der allerältesten Zeit bei den Römern gestaltet, organisirt gewesen, finden wir keine direkte Antwort. Wir können zunächst nur vermuthen, daß der energische Sinn des Römerthums sich in einem primitiv straffen Hausregiment gezeigt habe, das monarchische Princip da strengstens durchgeführt gewesen sei. Die Hand des Erzeugers waltete und herrschte (χεῖρ, *herus*), er war omnipotent in seiner kleinen Welt, wie das Haupt einer wandernden Horde, der Kapitän eines Schiffs auf offner See, wo concurrirende Autoritäten fehlen und alle Autorität und Macht in dem Einen Regierer des Fahrzeugs beschlossen seyn muß. Mit diesem einfachen System kamen die Lanzenmänner (*Quiriten, hastati*) nach Italien, und nur allmählich trat dasselbe einen Theil seiner Functionen ab an das erwachsende Staatswesen (*res publica*).

Wollen wir mehr wissen oder ahnen von jenem familiären Urzustand, so müssen wir uns in die Grotte der *Egeria* zurückziehen, um an der Hand der Symbolik und Etymologie Aufschlüsse zu suchen und eine Ergänzung der obigen Andeutungen zu finden.

1) Zuerst treffen wir da auf eine Wortgruppe: *caput, manus, domus, hasta,* welche uns mit sinnlicher Unmittelbarkeit und Glaubwürdigkeit den

1) Röm. Myth. S. 21. — 2) in Becker's Handb. d. Röm. Alterth. Bd. 4. S. 63 ff.
3) Curs. d. Instit. I. § 119. — 4) Röm. Rechtsgesch.

ältesten Rechtsbestand verräth. *Caput* und *manus* kommen als geistiger und sinnlicher Factor des Handelns vor Allem in Betracht: daß sie die vornehmste Rolle in der primitiven Begriffswelt spielten, ist daher an den fünf Fingern abzuzählen, und es erklärt sich daraus, daß die Fünfzahl eine Hauptrolle in der juristischen Zahlenwelt Rom's von jeher spielte: *Numa* und *Egeria* sollen ja im Zusammenhang mit dem Pythagoreischen System gestanden haben. *Domus* aber (mit dem Herd und seiner Flamme) drückt die seßhaft gemachte Privatwelt des *herus* aus, dessen Hand die Stätte gegründet hat und schützt.[1] — Wie aber hat der Herr sein Haus gegründet? Die Tradition sagt, Romulus habe seinen Speer (*hasta*) nach dem Palatin geworfen und damit von diesem Besitz ergriffen.[2] Mit der *hasta* bewehrt waren die italischen Jäger eingewandert in die dann nach ihnen benannte Halbinsel und hatten ihre Herrschaft aufgerichtet unter den eingebornen Hirtenstämmen. Sollte nicht *hasta* die in der Hand gehaltene Wehr seyn, wie *habena* das Bindemittel, der Riemen, an welchem man den Speer trug und *hamus* der Haken, an welchem man ihn aufhing? Alles von *habere*. So ist die *hasta* gleichsam die besitzergreifende Hand des Herrn, das Symbol des der *manus* unterworfenen Besitzthums und sein Herrscherattribut. Diese *hasta* also kommt dann als *hasta coelibaris, centumviralis, festuca manumissionis*[3] vor; *Martis hastae* wurden im Vestaheiligthum aufbewahrt; eine *hasta* als *signum belli* schickten neben dem *caduceus* die Römer den Puniern zur Auswahl zu.[4]

Das sachliche Seitenstück zu *hasta* (latinisch?) ist *quiris* (sabinisch?), wovon der Name *Quiriten*[5] kommt; formelle Seitenstücke sind die alten Worte *casa, ara, atta* und *acca,* Worte, wie sie ein Kindesmund lallt. Sie gehören daher der linguistischen Primärschicht der Italiker an und führen in die Nomadenzeit zurück, älter vielleicht noch als *caput, manus* und *domus.* Die *hasta* und die *casa Romuli* sind Erinnerungszeichen der Nomadenzeit, erhalten durch römische Pietät. An Ursprünglichkeit über allen aber stehen *atta* (*pater*) und *acca* (*mater*)[6]; *Atta Navius, Atta Clausus* und *Acca Larentia* sind ja alte Figuren im römischen Entstehungsdrama. Aber wie *casa* älter ist[7] als *domus,* so auch *domus* älter wieder als *familia,* mit welchem Worte andere, z. B. *potestas, magister, status, actus, servus, pignus, judex, praetor, consul, populus, curia, auctor, pecunia* und *peculium, heredium* etc. als Tertiärschicht vielleicht zu verbinden sind.

2) Ueber diese spätere Schicht müssen wir zurückgreifen, um das Verhältniß der alten Clientel zu ermitteln. Auch diese gehört zu den ältesten Landesinstitutionen. Wie die *patria potestas* auf Romulus zurückgeführt ward, so sollte auch der Satz von der Patronstreue eine alte *lex regia* seyn; dies zeigt, daß Familie und Clientel von der römischen Tradition in die Urzeit verlegt werden. Und dafür sprechen auch etymologische Gründe. *Atta* und *acca, casa* und *hasta* gehören der Nomadenzeit an, *atta* und *acca* ist der Patriarch mit seiner Gefährtin, *casa* die Strohhütte (als Wohnung und Heiligthum) auf der Wanderschaft, *hasta* der Speer zur Erlegung des Wilds und Zeichen des Mannes und seiner Beute. *Casa* und *hasta* waren den einwandernden Eroberern bekannt, *domus* lernten und erbauten sie erst, indem sie seßhaft wurden; mit der *hasta* mögen sie auch, ähnlich der *hasta coelibaris,* das Land unter sich und unter die unterjochten Hirten getheilt haben, und diese

1) *Dom-us, fam-ilia,* Heim-at: Alles wohl Eins? — 2) Schwegler I. S. 395.
3) Serv. Aeneis 3, 46. Dazu Schwegler I. S. 395. — 4) Gell. 10, 27.
5) Schwegler I. S. 495. — 6) Ders. I. S. 432. *Atta* heisst auch im Esthnischen: Vater.
7) *Grex, Rex, Lex* etwa gleichaltrig?

erhielten durch die Parcellirung ihre ökonomisch-sociale Stellung. Später brachte der Patriarch sein Gefolge mit, so der Sabiner Appius Claudius (*Atta Clausus*), der mit 5000 Clienten (503 v. Chr.) auf römisches Gebiet übersiedelte.

*Atta* hieß nun der Patriarch auf römischem Boden in seiner Bedeutung als ursprünglicher Souverän im Hause, *pater* ist das spätere Wort; *Patres* hieß, wie wir sahen, das Gremium der Aeltesten, das versammelte Organ der Geschlechter; die *Patricii* bezeichneten übereinstimmend mit *ingenui* im alten Sinne (s. *Fest. p. 241,* und *Cic. Top. 6, 29*)[1] die Söhne, dann alle Mitglieder des Herrenstandes. Außerdem aber begegnen wir noch den Worten *patroni, domini* und *proci:* diese bezeichnen das Verhältniß zu den Schutzverwandten, es ist das Verhältniß tapferer Jäger zu weicheren Hirten (*tenuiores*), des Vaters zu den Kindern (c. *Fest. s. v. Patres* und *Patroni* und *Ep. p. 247*). *Patronus* ist der *Pater* im Verhältniß zur Clientel, insofern es sich um das persönliche Band, *dominus*[2] insofern es sich um das reale Band handelt; *procus*[3] oder *procer*[4] ist der beides begreifende Ausdruck. Drei Ausdrücke scheinen jenen zu entsprechen: *cliens, forctis* und *tener* (*tenuior*), denn auch der zweite gehört wohl zur Clientel[5]. *Cliens* (κλύειν) ist der Hörige, also der Gehorsam schuldende[6], und *forctis* ist der Hintersasse oder Grundhold: das drückt neben der Gesammtbezeichnung (*tenuior, tener*) getrennt die personale und agrarische Seite des Lehnsbandes aus, und auf dieses ist wohl der bestrittene Satz der XII Tafeln zu beziehen, den *Hoffmann* so reconstruirt: *nexo mancipatoque ac forti sanatique supra infraque Romam idem juris esto,* d. h. der *nexus* und *mancipatus* genießen desselben Rechts, wie der Client und der Schutzfremde; es lag hier nahe, da es sich um territoriale Begrenzung handelte, die Clienten von der agrarischen Seite zu bezeichnen. Vielleicht auch hieß der Vasall *cliens* in seiner persönlichen Unterordnung und städtischen Berufsstellung[7], *forctis* aber in seiner agrarischen Gebundenheit und in Rücksicht auf ländlichen Aufenthalt und Beruf.[8] In der Austheilung von Parcellen (*attributio partium agrorum*) an *tenuiores* durch die *Patres,* wovon *Festus* (*l. c.*) sagt, und in der späteren Behandlung der *sodalicia tenuiorum* (*fr. 1. pr., fr. 3. § 2. de colleg. 47, 22*) klingt das alte Verhältniß noch unzweifelhaft nach.

Das Vasallenverhältniß war in erster Linie ein Band an die *gens*[9], daher

1) s. Lange I. S. 244.

2) *Dominus* von *buonus*, *bona*; der Gebende, Leihende, Lehnsherr.

3) in der Servianischen Classeneintheilung.

4) *proco* = fordern; deutet dies die precäre Gabe an? oder den Anspruch auf Treue? Der Fordernde, Gebietende?

5) s. Hoffmann Zeitschr. f. österr. Gymnas. (Wien, 1866) S. 552 ff. 571. u. Lange I. S. 243. 244.

6) *Patronus — cliens* heisst es also, wenn das Personalelement in Frage ist. Romulus (wie Dion. 2, 10 sagt), nicht erst die XII Taff. (wie Serv. Aen. 6, 609), bestimmte: *Patronus, si clienti fraudem fecit, (Diti patri) sacer esto!* Vergl. Lange I. S. 241. und Schöll die XII Taff. S. 149. Bemerkenswerth ist übrigens, dass der Anspruch des Clienten, nicht aber der des Patrons formulirt wurde; dieser schien wohl zu selbstverständlich und seine Formulirung ebenso überflüssig, wie das in den 10 Geboten unterlassene Gebot, dass die Eltern ihre Kinder lieben sollen.

7) An diesem Punkte treffe ich wieder mit der Hoffmann'sche Hypothesen zusammen.

8) Mich lockt auch hier wieder die Nymphe Egeria. Forctis soll der Grundhold auf den Gütern der patricischen Geschlechter seyn: *Paul. p.* 102. 10. *M.* Ist dieses Wort mit *forum* verwandt, welches eigentlich den eingehegten Hof bezeichnet? s. H. Nissen, D. Templum (Berl. 1869) S. 141. Hängt es mit *hortus* (alt *forctus*) zusammen, welches den verzäunten Ort bezeichnet? *Herceus* ist das zum Vorhof gehörige, *herctum* das eingeschlossene Gehöft (Meiergut, Vorwerk!), *herciscere* bedeutet Theilen, Vertheilen, Austheilen, Zutheilen; *herctum citumque* gehört in das Gebiet der Erbtheilung. Also die Begriffe des Theilens, Ab- und Begrenzens, welche auf die erste Vertheilung, Attribution, Assignation der eroberten Ländereien zurückweisen. Sollten endlich auch χείρ, *herus*, *herciscere, heredium* zusammenhängen? vielleicht auch ὅρος und *sors*?

9) Einzelne Clienten mögen dann einzelnen Familienhäuptern attribuirt worden seyn, woraus ein Verhältniss der Zugehörigkeit entstand, ähnlich dem, wenn Possessionen den Patriciern zufielen, Freigelassene einzelnen Kindern des Patrons von diesem (letztwillig) assignirt wurden.

führten die Clienten das *nomen gentilicium* patricischer Geschlechter, und sie nahmen passiv an den Geschlechtsopfern (*sacra gentilicia*) Theil. Das verbietet uns den neuerdings aufgestellten, von Niebuhr abweichenden Ansichten beizutreten. Niebuhr's Annahme, daß das alte Patronat die Form der Herrschaft war, welche die erobernden Italiker über die Urbewohner behaupteten, wird von Mommsen nicht getheilt, von Lange in eigenthümlicher Weise erweitert. Nach Ersterem[1] waren die Clienten ursprünglich landflüchtige Einwanderer und precarisch freigegebene Sklaven: was mit der sacralen, nicht aber gentilen Stellung der Clienten vereinbar ist; nach Lange[2] waren sie die kriegsgefangenen Ureinwohner, also Sklaven, welche ursprünglich den einzelnen Familienhäuptern zugetheilt und dadurch in *familia, gens* und *sacra* aufgenommen wurden: was aber die Idee einer Privatherrschaft über Menschen und Vereinzelung der Individuen, wie sie erst in Zeiten fortschreitender Individualisirung und Sonderung auftreten und Typen zeugen kann, unnatürlich in den Anfang der Entwickelung verlegt und die Standesvererbung unerklärt läßt. Die Clientel ist kein abgeleiteter, sondern ein urspünglicher Herrschaftstypus und durch und durch gentilischen Gepräges, während die eigentliche Sklaverei (der historischen Zeit) einen durch und durch privatrechtlichen Karakter trägt. Das hindert aber nicht, mit Ihering[3] zu vermuthen, daß nach dem Muster des Clientelgutes das Institut des *peculium* (und bez. des *precarium*) sich später entwickelte; war doch dieses Institut Freien und Unfreien gemeinsam.[4] Das *peculium* des *forctis* stand dem *heredium* (*patrimonium*) des *procus* oder *dominus* gegenüber, jenes war das Lehngut, dieses das in der eignen Hand und Bewirthschaftung zurückbehaltene Erbgut, jenes ein precäres und wandelbares Besitzthum, dieses das ständige Stammgut. Wiesenland und Heerdencapital mag das Besitzthum des Clienten gewesen seyn, während *heredium* immer Haus, Hof, Herd und Ackerland umfaßte. Im Mittelalter wiederholte sich dieses Lebensverhältniß personal-agrarischer Unterordnung im Lehnsband; *beneficium, feudum* hieß das Lehngut, und *feudum* (von *fihu, feho, feo* oder *fe*) bedeutete[5] ursprünglich Vieh sowohl, als auch Geld; ebenso kommt *peculium* von *pecus* und ist Geschwisterwort von *pecunia*.

3) Mit den Clienten zusammen werden in den XII Tafeln die *Sanates*[6] genannt und in einer Weise, daß unter ihnen gleichfalls ein socialer Urtypus vermuthet werden muß. Auch in Betreff seiner schließe ich mich (mit Lange) der Hoffmann'schen Hypothese an. Rom war von Anfang herein durch seine Lage als tuskisch-volskisch-sabinisch-latinische Grenzstation vorzüglich geeignet, als Asyl für allerhand Landesflüchtige des weitern Umkreises zu dienen, und die römische Tradition betont bekanntlich diesen Umstand. Es wäre nicht zu verstehen, wenn derselbe nicht auch seine socialpolitischen Folgen in Rom gehabt und die altrömische, patricische Lebensordnung nicht die Spuren davon aufzuweisen hätte. *Sanas*[7] bedeutet *piatus*, also den (auf internationalem Wege) rehabilitirten, bez. amnestirten Exulanten; wir können ihn mit Hoffmann[8] als Staatsclienten bezeichnen, denn der eigentliche Client der *gens* war sein Prototyp, er selbst stand zur *res publica*, wie der Client zur *gens*. Vielleicht dürfen wir in dieser Staatsclientel das Vermittelungsglied für die neue Kategorie der *plebs* sehen, welche eine der usurpatorischen Neuerungen der zweiten Regentenreihe war. Die Clienten, Sanaten und Plebejer, die Vor-

1) Mommsen, R. Gesch. I. S. 242. — 2) R. Alt. I. S. 242 ff. — 3) Geist I. § 16.
4) s. Schwegler I. S. 269. 642. II. S. 528. — 5) s. Homeyer Sachsenspiegel II. 2. S. 275. 276.
6) Vergl. die XII Taff.: *si sani lapides* (das Pflaster nicht heil, gut) *sunt, qua volet, jumenta agito*.
7) *Festus s. v. Sanates* und *Gell*. 16, 10. — 8) Zeitschr. f. d. österr. Gymnasien (1866) S. 552—560.

bilder der noch späteren *cives sine suffragio,* bez. *aerarii,* standen geraume Zeit im Punkte des Mangels politischer Rechte einander völlig gleich, und unterschieden sich nur durch die Art ihres sacralen Bandes (zu der *gens,* der *res publica,* dem *Rex*). Vielleicht auch läßt sich zu einer nicht uninteressanten Parallele gelangen, wenn wir berücksichtigen, daß die *nexi* und *mancipati* die in fremde Hausgewalt gerathenen *patresfamilias* und *filiifamilias* sind, und nun neben die *Sanates* und *Forctes* gestellt werden, die *Sanates* den selbständigen, die *Forctes* den abhängigen Römern vergleichbar; wäre nicht unter dieser Voraussetzung jene Zusammenstellung in den XII Tafeln innerlich erst recht motivirt?

Schon die einhellige Tradition vom Romulischen Asyl weist auf ein mit *hostes* (*peregrini*) vermitteltes *commercium* hin; außerdem scheint es noch andere asylartige Stätten um Rom gegeben zu haben, wohin Exsulanten aus Nachbargebieten sich flüchten durften. Diese Zulassung aber hing mit dem *jus exsilii* zusammen, welches zwischen Rom und einigen Gemeinden inner- und außerhalb Latium's bestand, den Römern das Recht der Aufnahme ohne Pflicht der Auslieferung oder Genugthuung gab und den Aufgenommenen (*cui Romae exsulare jus erat*)[1] des heimischen Friedens versicherte. Die Sponsion dieses Exsilrechts setzte *foedus aequum* unter den betheiligten Gemeinden voraus, welches verhütete, daß man sich die Genossen unter einander abwendig machte. Daher traten die Aufgenommenen nicht in den Bürgerverband ein und wurden nicht des eigentlichen *commercium* und *conubium* theilhaft; sie genossen nur einen allgemeinen Verkehrsschutz, womit die niederen Flüchtlinge sich wohl zu begnügen pflegten, während die hervorragenderen unter ihnen etwa sich noch einen einheimischen Schirmherrn erkoren: *se ad quasi patronum applicare.*[2] Dieses archaische *jus applicationis* war ein Anhang des internationalen *jus exsilii* und verlieh die Fähigkeit, vor den Magistraten und in Rechtsgeschäften durch den Schirmherrn vertreten zu werden, wie der Client durch den Patron. Durch den Mangel an Grundbesitz standen sie hinter den (ländlichen) Clienten zurück, und darum mögen solche Zuzügler es namentlich gewesen seyn, aus denen die Handwerkerzünfte (*sodalicia, collegia*) sich bildeten und recrutirten.[3] Ob dann auch städtische Clienten (mit Genehmigung ihrer *gens*) theilnehmen durften, und dies der Anfang ihrer Emancipation war, können wir dahingestellt seyn lassen; nur das möchte ich annehmen, daß der bekannte Satz der XII Tafeln: *sodalibus potestas esto, pactionem, quam velint, sibi ferre,* für die Bürger bedeutungslos war und nur auf die Sanaten, bez. Clienten ging, welche Vereinsstatuten unter sich aufstellten und eine Art Autonomie übten.

---

1) *Cic. de orat.* 1, 39.

2) *Cic. l. c.* Mommsen, D. röm. Gastrecht und die Clientel, i. v. Sybel's hist. Zeitschr. I. (Münch. 1859) S. 332 ff.

3) Wir wissen z. B., dass die Sanaten und dass das *collegium tibicinum* Specialbeziehung (Cartell) zu Tibur hatten. Lange I. S. 248.

# XVI. Kapitel.

## 2. *Res publica.*

(Zu § 62–68.)

## I.

## *Comitia, Rex, Consilium publicum.*

### *Patrum auctoritas.*

An der Spitze des ältesten römischen Staatswesens steht ein *Rex.* Zeigt das wirklich eine monarchische Verfassung (in unserem staatsrechtlichen Sinne) an? war es eine patriarchale, eine theokratische, eine militärische Monarchie?[1] Patriarchal nicht, denn Romulus war nur Sammler, nicht Ahnherr der Bürgerschaft, und die folgenden Regenten gingen aus freier Volkswahl hervor; theokratisch nicht, denn nicht schon der Gründer, sondern erst der zweite Regent fügte die sacrale Ordnung als secundäres Element hinzu, und er selbst ward vom Volke gewählt, von keinem Gott eingesetzt; militärisch nicht, denn erst der dritte Regent vollendete die Wehrverfassung, und die Kriegsherrngewalt empfingen die Regenten erst durch besonderen Gewährungsakt nach erfolgter Wahl.

Das alte *Regnum* war überhaupt nicht eine Monarchie, sondern ein monokratisch temperirter Freistaat, und die Souveränetät nicht beim *Rex,* sondern beim *populus,* freilich gebunden, wie der Pupill — ein *caput liberum,* d. h. eine *persona sui juris* — gebunden ist durch das Wollen und Mitwirken des *tutor,* den er haben muß. Ein Freistaat unter Vormundschaft: das ist das älteste Rom, und man kann dagegen Pomponius, welcher sagt: *omnia manu a regibus gubernabantur,* um so weniger anführen, da derselbe Jurist auch sagt: *quod ad magistratus attinet, initio Reges omnem potestatem habuisse constat* (*fr. 2. § 1. 14. de or. jur. 1, 2*).

Der ausgebildete Staatsorganismus Rom's zeigt drei Hauptorgane: die Comitien, die Magistratur und den Senat. Von diesen bleiben immer die Comitien und der Senat mehr im Hintergrund der Bühne, während die Magistratur die eigentlichen Acteurs stellt und das Staatswesen dramatisirt. An der Magistratur läßt sich die römische Staatsgeschichte am deutlichsten verfolgen und studieren; sie ist in alle Geschicke Rom's verflochten und offenbart dessen gute und böse Triebe, signalisirt die regelmäßigen und gefahrvollen Zeiten, Erfolge und Krisen. *Gens* und *plebs* (*consul* und *tribunus pl.*), Italien und die Provinz (*consul* und *propraetor*), Rom der Gemeindestaat und Rom der Weltstaat (*Consul* und *Princeps*): alle diese Gegensätze spiegeln sich in besonderen Formationen der Magistraturidee. Hier zeigt sich Rom's Staatssinn am meisten erfinderisch, mannichfaltig und fortschreitend; hier hat Rom eine Fülle lehrreicher Typen geschaffen. Darum beginnt man die Darstellung des römischen Staatswesens gern mit der Magistratur.[2] Dem *Rex* entsproß die Magistratur, dieser das Principat: also die Signatur von Anfang und Ende Rom's zugleich ist unter diesen Begriff gestellt, und wir fragen nun, welches der staatsrechtliche Karakter des *Rex* am Anfange Rom's war.

Ich habe schon bemerkt[3], daß unter Romulus zuvörderst der *populus,* in die Comitien geordnet, als Typus hervortritt, und daß erst in Numa sich der *Rex* als fertiger Typus darstellt. Romulus schafft die *comitia,* aus den

1) Jede dieser drei Auffassungen hat ihren Vertreter (Lange — Rubino — Ihering).
2) so Lange, Mommsen. — 3) s. oben S. 57.

*comitia* geht der *Rex* hervor, und dieser ist Schöpfer des Senats (unter Tullus): dem entsprechend schuf Romulus das *Comitium*, gründete Numa die *Regia* und erbaute Tullus die *curia Hostilia:* alle drei auf dem Forum dicht bei einander. Der *Rex* kommt also in der Reihenfolge der staatsrechtlichen Begriffe Rom's erst nach den Comitien, und dies ist festzuhalten. Er ist nicht König in unserm Sinne[1], sondern bestellter Regent und Vormund der Comitien, nicht Herr, sondern Wächter, Lenker und Verwalter der *res populi*, der *jussu populi regnat;* der Staat ist nicht eine *res regia*, sondern *res populi*, das Kommunalland nicht *regius*, sondern *publicus ager;* und es ist die That des Tullus, daß er das *consilium regium* zu einem *consilium publicum*, d. h. zu einer selbständigen Staatsinstitution, zu einem ständigen Organ des Staatswesens macht. Und Alles ist dabei Plan, freier Wille und Vertrag, ganz entgegengesetzt dem Naturgesetz, das in der (ächten) Monarchie herrscht: die Curien beruhen auf freier Combination, der *Rex* ist gekorner Regent, die Rathsmänner ruft der Regent nach Wahl und Gutdünken. Die ächte Monarchie ist ein Abbild der Familie, denn da ist der Landesherr Vater seiner Unterthanen und Haupt des Gemeinwesens, und das Volk ist nicht originales Organ des Staatswillens, der Monarch ist der Souverän, wie der Hausvater das Haupt der Familie ist. So nicht der römische *Rex*, welcher sich einem selbstberechtigten *populus* gegenübersieht, und nicht das Haupt, sondern nur die Hand, der Mundualdus oder Vogt der Gemeinde ist; das sollte billig nicht bezweifelt werden, wenn man erwägt, daß dem *populus* die *majestas* eignete und der *jussus* zukam, während der *Rex* auf die *rogatio* angewiesen war. Frei über dem Familientypus hält sich von Anfang her das römische Staatswesen[2]; der Grundsatz, daß nur Geschlechtsgenossen Bürger seyn und an den Comitien Theil nehmen konnten, umschrieb die Peripherie, aber legte nicht den Grund des Staatswesens; dieses sucht sich auch nachher seine eignen Wege, die weder von der Familie aus, noch ihr parallel gehen, denn während die monarchisch geartete Familie bei den Römern immer die monarchische Verfassung mit fast ungeschmälerter Reinheit und Strenge sich bewahrt, hat Rom seine höchste Blüte und Kraft gerade in den Jahrhunderten vollrepublikanischer Entwickelung erreicht.

Wenn wir aber den Staat sich neben, außer und über der Familie formiren lassen, so entsteht die Frage, ob nicht der nichtabsorbirte Naturbestand an Familienhäuptern und Geschlechtsältesten noch ein eignes Leben behalten und behauptet habe. Das ist nicht anders zu denken, und die Fortführung der *sacra* der Familien und Geschlechter beweist es. Aber nicht bloß dies, sondern an mehrern Stellen ragt jener Naturbestand herein in die Region des Staatswesens. Es ist leicht gesagt, der Staat schwebe über den Geschlechtern; irgendwo und irgendwie muß sich doch noch geltend machen, daß in den Geschlechtern die primitive Gemeinschaftsordnung gegeben ist, und sie den festen Boden unter den Füßen des geflügelten Staats darstellen. Auch am römischen Staat erweist sich das: 1) in der *auspiciorum renovatio*, wenn *res ad Patres rediit*, und der *interrex* zu bestellen ist (*auspicia Patrum*), 2) in der *Patrum auctoritas* im alten patricisch-technischen Sinne[3], die sich

1) Hätte Mommsen, Röm. Staatsr. II. 1. S. 7. Recht, dass der Nachfolger eigentlich und nach dem Dogma vom Regenten selbst zu ernennen war, so würde man den *Rex* dem *tutor testamentarius* vergleichen können.

2) Ich habe dies schon in der 1. Aufl. (s. Curs. § 59. 60.) betont, wohl in Widerspruch mit Ihering (Geist I. § 13. 14.) und zum Theil auch mit Lange, Alterth. I. (3. Aufl. S. 104. 260.); ich kann mich jetzt dafür auf Mommsen (Staatsr. II, 1. 2. Aufl. S. 319) berufen.

3) Die Theorie Lange's (I. S. 300) hierüber scheint mir eine der wichtigsten Entdeckungen im Bereich der römischen Antiquitäten zu seyn.

in der Verzichtserklärung zu Gunsten des *imperium Regis*, sowie bei der Cooptation von *gentes* zeigte, und 3) im *consilium Regis*, d. h. der Corona, die den Regenten als Rath umstand. In diesen Urinstituten treffen wir auf die Kategorie der *Patres*, was ursprünglich nicht den Senat bedeutete, sondern entweder die Geschlechtsältesten (die Vorsteher der einzelnen *gentes*) oder vielleicht alle selbständigen Familienhäupter, wenn diese schon in der Urzeit (ähnlich den *seniores*, die in der Centurienordnung besondere Centurien bildeten[1]) hervortraten. Fulvius in den Fasten erzählt, Romulus habe das Volk in 2 Theile, *majores* und *juniores* gesondert und den ersten die Berathung (*consilium*) zugewiesen; s. Macrob. 1, 12. Diese *Patres* nun mußten ganz naturgemäß und vernünftigerweise in Frage kommen und in Action treten, sobald dem Staatswesen seine constituirten Organe den Dienst versagten und für ungewöhnliche Lebensaufgaben neue Kraft aus den Wurzeln des Volksstamms zu schöpfen war.

Das Gremium der *Patres* kann die *filiifamilias* nicht mitbegriffen haben, denn nur im Staat, als *cives*, standen diese den Vätern gleich, außerhalb der Staatsordnung fielen sie gänzlich der Autorität ihrer Hausväter anheim[2]. Die Zusammenkunft der *Patres*, wenn sie sich resolviren mußten, war, da sie außerstaatlicher Natur war, nicht eine comitiale, sondern unfeierliche und spontane, erfolgte also ohne magistratische Initiative aus freiem Antrieb, nicht nach Curien, sondern nach *gentes*, nicht unter Leitung des Regenten, sondern vielleicht des *princeps patrum* (Alterspräsidenten), und nicht in, sondern neben dem *comitium*[3].

Dies sind die *Patres* im archaischen Sinne; von ihnen mußten die politisch-sacralen Urakte, welche der Staatsgründung selbst gleichartig sind, ausgehen. Vielleicht erscheint nun von diesem Standpunkt aus auch die Hypothese nicht allzu gewagt, daß aus dem Schooße der *Patres* der Centumviralgerichtshof hervorging, und daß derselbe ursprünglich der Kreis der 100 Geschlechtshäupter war, welcher zugleich das *consilium Regis* darstellte und dann sich zum ständigen Senat erweiterte und befestigte. Es war das Gremium, welches naturgemäß, wie es Urträger der Auspicien, d. h. das Subject aller primitiven Gesellschaftsentschlüsse war, den *interrex* für die Regentenwahl berief, dann die Capitulation der Comitien über das *imperium* vorbereitete[4], so auch die Rathsmänner und Gerichtsgehilfen dem Regenten stellte, wenn dieser solcher sich bedienen wollte. So erklärt es sich einfach, daß *Patrum auctoritas* und *Senatus auctoritas* später sich in den Vorstellungen mengen konnten, daß Jahrhunderte lang nur Senatoren zu Geschwornen bestellt wurden, und daß die Zahl Hundert im Senat und im Gericht so lange eine Rolle spielte. Es erklärt sich aber auch ohne Noth, daß jener Kreis in demselben Maße, als das Staatswesen sich in sich consolidirte und abschloß, allmählich zurücktrat und seine Rolle aufgab, theils indem die *Patrum auctoritas* zur bloßen Form ward, theils indem (schon frühzeitig: durch *Tullus Hostilius* — bez. durch *Servius Tullius*) aus den *Patres* sich ein ständiger Senat

---

1) Ueber die Zurückführung des Unterschieds der *Seniores* und *Juniores* auf Romulus s. Lange, Alterth. I. (3. Aufl.) S. 263.

2) Man könnte hier analog das Wort des Gaius (1, 179) anwenden: *pupillus in nulla re auctor fieri potest.*

3) Ob auch jener Hinweis auf die *lex Numae* (*pro capite occisi agnatis ejus in concione offerre arietem*) bei *Serv. ad Verg. Ecloq.* 4, 43 ein solches *consilium Patrum* im Sinne hat?

4) Auch in der *lex tribunicia* des *Brutus de ejicienda gente Tarquiniorum* steckt wohl die *Patrum auctoritas* mit, die sowohl für den Ausweisungsbeschluss, als auch für die Unterlassung der Neuwahl erforderlich war.

und organisirter Gerichtshof absonderte. Damit bricht Rom die letzten Brücken zwischen Familie und Staat, Natur und Kunst ab.

Die *Patrum auctoritas* verschwindet gänzlich, auch der Gerichtshof löst sich von seinem Ursprung, indem die Mitgliedschaft nicht auf Senatoren beschränkt bleibt. So klingt denn nur im Senat noch die alte Rolle der *Patres* gewissermaßen nach. Der Senat spielt die Rolle des Chors auf der Bühne und schlägt im Staatsleben immer den Grundton an; auf ihn geht die Anrede *Patres* über; in der Vorstellung und Praxis der spätern Zeit vertritt er das Element, welches in der archaischen Form der *Patres* bestanden hatte. Der Wandelung Sinn ist, daß die Potenz primitiver Repräsentation des *populus,* die ehedem außerhalb des Staatswesens stand, nun in dessen Umkreis hineinversetzt ist, denn der Senat ist eine Staatsinstitution, ein Organ des Centralwillens neben Comitien und Magistratur und in fortwährender, freilich mehr durch Observanz, als Gesetz geordneter Wechselwirkung; aber eben diese Observanzmäßigkeit seiner Stellung erinnert daran, daß er der Erbe der alten *Patres* ist. Tullus Hostilius baute die Sitzungshalle für den Senat, d. h. im Geiste jener Zeit: er machte ihn zu einem ständigen Organ, das *consilium regium* zu einem *consilium publicum,* und fügte so den Schlußstein in den Grundbau. Des Tullus Politik war zum Profanen geneigt: ihm lag es daher nahe genug, den Rath der *Seniores* (*Patres*) auf Kosten der durch seinen Vorgänger gegründeten sacralen Rathskörper hervorzuziehen und staatlich zu befestigen. Numa hatte sich des Raths der *Egeria* und des *Jupiter Elicius* (d. h. eben nicht der *Patres*) bedient (s. Schwegler I. S. 549), und auch des Romulus Verhältniß zum Senat ist problematisch, jedenfalls deutet die Tradition an, daß er unstät war in der Benutzung des senatorischen Raths, und daß damals der Senat noch nicht ständiges Institut war (Schw. I. S. 535. 648); Tullus also ergänzte hier den Romulus. — An den pragmatischen Zusammenhang von *Patres* und *Senat* aber erinnert noch jener Ausspruch Cicero's[1], welcher die Auspicien und den Senat als die Grundpfeiler des Staats bezeichnet.

Noch ist als maßgebend für die Stellung des Regenten in diesem Zusammenhang anzuführen, daß auch beim Ein- und Antritt desselben jene drei Aufgaben, die wir unterschieden haben, die bürgerliche, sacrale und internationale, sich in den drei Akten der *creatio, inauguratio* und jener *sponsio,* die als *lex curiata de imperio* bezeichnet ist, unterscheiden.[2] Durch die *creatio* wird der Regent zum *Praetor s. Judex,* durch die *inauguratio* zum *Rex* im eigentlichen Sinne, durch die *lex* aber zum *Imperator* oder *magister populi* (*dux, dictator*)[3]. Die Inauguration fügt zum *jus,* das allein durch die *creatio* geschaffen ist, das *fas;* die internationale Aufgabe aber fordert militärischen Bann und wäre ohne ihn ein Unding, darum fügt die *lex* das *imperium* hinzu. Dieses letztere Wort führt uns zum anderen Hauptpunkt unserer Erörterung (sub II).

Vielleicht darf eine Hypothese über die Art des Zusammenkommens und Verhaltens des ursprünglichen *consilium Patrum* zum Schluß gewagt werden. Eine solche freie Versammlung bedarf einer Obmannschaft, welche zusammenruft, leitet und die Sprecher stellt. Solche Obmänner waren vielleicht auch die *decemprimi* im Senat und die *decemviri litibus judicandis* im Centrum-

1) *de republ.* 2, 10. — 2) Vergl. Schwegler R. Gesch. I. S. 647—9.
3) Der Albanerfürst Cluilius, Gegner des Tullus, heisst bald *Praetor*, bald *Rex*, und sein Nachfolger Fufetius heisst *Rex, Dictator* und *Dux*. Vergl. Schwegler I. S. 583.

viralhof. Ob es ursprünglich die Alterspräsidenten der zehn Romulischen Curien waren, mag dahin gestellt bleiben; doch meine ich, daß die bekannte Niebuhr'sche Hypothese darüber nicht ohne weiteres zurückzuweisen sei; die Analogie der *Decemprimi* in den Municipalsenaten zeigt die Allgemeinheit der Einrichtung, und nicht entgegen ist[1], daß diese *Decemprimi* den Karakter von Exekutivbehörden hatten, denn eine Elite dieser Art übernimmt leicht amtliche Verrichtungen, wie wir gerade an den *decemviri litibus judicandis* sehen. Ferner begegnen wir der Zehnzahl bei verschiedenen Anwendungen des *consilium*[2]*:* so bei der Freilassung vor dem Magistrat (*apud consilium approbatio*[3]) bei der *confarreatio solennis*[4], und ich erinnere außerdem an die *decemviri sacris faciundis,* deren Wurzeln gleichfalls weit zurückreichen[5], an die von den Comitien gewählten Commissionen für Friedensverträge, welche zu den außerordentlichen Magistraten gehörten[6], an die *decem legati,* welche als Senatscommissionen den kriegführenden Feldherrn zugesellt wurden, und vor allen an die *decem interreges,* welche ohne *creatio* von den *gentes* (nicht von den Curien) gestellt (*prodere*) wurden, und obwohl sie *auspicium imperiumque,* so weit es nöthig war, im Namen der *gentes* auszuüben hatten, doch nicht *magistratus* (oder *reges*), sondern *privati* waren[7]: was sie thaten, lag eben außerhalb der Staatsregion. Dies Alles führt auf einen allgemeinen und primitiven Gedanken, nämlich den Gedanken hin, daß das *consilium Patrum* seinen Alterspräsidenten, und bez. seine 10 Obmänner (*principes Seniorum*) hatte, welche (etwa im Turnus) die Angelegenheit zu betreiben, für die *Patres* die Auspicien zu vollziehen und das Wort zu ergreifen (bez. *verbis praeire*) hatten und vielleicht auch einen engeren Rath repräsentirten, an den sich der Regent wenden konnte[8]. Was Cicero (*de republ. 2, 20*) von Attus Navius

---

1) Dies meint Becker Röm. Alterth. II. 2. S. 400.

2) Daneben findet sich allerdings häufig auch die Fünfzahl: so das *consilium domesticum* bei Kindestödtung, das Collegium der Auguren und der Pontifices (Schwegler I. S. 542. 543), die *manumissio inter amicos*; oder die Zwanzigzahl, so das *consilium* der Fetialen, der *recuperatores* in den Provinzen (*Gai.* 1, 20). — 3) *Gai.* 1, 18. 20.

4) *Gai.* 1, 112: *praesentibus decem testibus* (*amicis?*)

5) s. Lange I. S. 451. — 6) s. Mommsen Röm. Staatsr. II. 1. (2. Aufl.) S. 624. 672.

7) s. Lange I. S. 291.

8) Ich nehme an, dass dieses archaische Gremium der Geschlechtshäupter, welches die *interreges* bestellte und die *auctoritas* zu dem *imperium* ertheilte, den Senat und den Centumviralhof aus sich hervorgehen liess, und dann sein Abbild in den Consilien der Prätoren, Feldherren und Provinzialregenten, sein Seitenstück aber in dem *domesticum consilium amicorum* hatte, *consilium Patrum* genannt wurde. Dasselbe trat theils als Originalpotenz ein und bildete den Hintergrund des Staats, theils trat es dem *Rex* zur Seite als Beirath; aus ersterer Wurzel entsprang die *Patrum auctoritas*, aus der zweiten Wurzel der Senat, der Gerichtshof und die Sitte der magistratischen Special-Consilien. — Bei allem gebührenden Respekt nun vor den Fasces der neuern methodischen Linguistik wage ich folgende Combination, welche davon ausgeht, dass in den Urbegriffsbildungen immer sinnliche Bilder vorherrschend und massgebend sind. Mir handelt sich's hier um eine genauere Feststellung des *consilium*. Dieses Wort gehört offenbar zu *consul*, wie *exsilium* zu *exsul*. *Consul*, *exsul* und *praesul* gehen parallel, und dies zeigt, dass *sul* eine Endung für sich ist. Die Ableitung von *consul* (*consulere?*) und *exsul* (*solum?*) ist bekanntlich streitig, nicht so die von *praesul*, d. h. Vorspringer (Anführer der Salier *salire, praesilire*). Was liegt nun näher, als unter *exsul* den zu verstehen, der davon eilt und sich aus dem Staube macht (um sich der Rache, Strafe zu entziehen), unter *consul* den, der seine Sprünge und Wege in Gemeinschaft mit Anderen macht? Wie zu *exsul* (Landesflüchtiger) *exsilium*, so gehört zu *consul* (College) *consilium*, und *consilium* bedeutet mithin einfach die sprungweise, eilige, unsolenne Zusammenkunft (oder sollte das Springen als Tanzen zu verstehen, — Salier — oder vielleicht mit dem Springen übers Feuer an den Palilien — s. Schwegler I. S. 445 — in Verbindung zu bringen seyn?): hier ist freilich das Springen die Hauptsache, während in *consul* der Nachdruck auf die Collegenschaft (*con-*) gefallen ist. *Consulere* könnte dann secundäre Ableitung von *Consul* seyn, wie *tribuere* von *tribus* (und nicht umgekehrt: s. Schwegler I. S. 497). *Consilium* bildet also den sinnlichen und natürlichen Gegensatz zu *comitium*, dem Ort (und der Art) des ruhigen und feierlichen Zusammentretens — dort Plötzlichkeit und Herbeieilen zum Beirath, hier feierliche Ordnung und Veranstaltung zu eigner Beschlussfassung. Dass *salire* in diesem Sinne verwendet wird, kann nicht Wunder nehmen; *ire* ist das natürliche Gegenstück, auftretend nicht bloss im *comitium* (*coire*), sondern auch im *Praetor* (*qui verbis praeit*), zwei Worten, in denen sich der verfassungsmässige Consens des *populus* und die verfassungsmässige Initiative des Magistrats ausdrückt. Vergl. übrigens Niebuhr R. Gesch. I. S. 578; Eschmann Zeitschr. f. vergl. Sprachforsch. XIII (1864) S. 106; Lange I. S. 573; Mommsen Staatsr. II. 1. S. 74.

sagt, welcher dem Tarquinius einmal die *auctoritas* verweigerte, scheint auf solchen Vorsitz hinzudeuten[1].

## II.

## *Potestas* und *imperium.*

Habe ich schon im Bisherigen in einem wichtigen Punkte (*Patrum auctoritas*) mich an Lange anlehnen können, so trage ich auch kein Bedenken, mich in einer anderen noch tiefer eingreifenden, neuerdings berühmt gewordenen Frage ganz rückhaltlos demselben Alterthumsforscher anzuschließen[2], und als Thesis hinzustellen, daß *potestas* und *imperium* von Anfang herein zwei grundverschiedne Gedanken enthalten, und in ihnen zwei Ausgangspunkte selbständiger Entwickelungsreihen gesetzt sind. Wie nun unterscheiden sich *potestas* und *imperium*, und wie verhält sich der Begriff *auspicium* und der Begriff *magistratus* zum *imperium?* Sind *potestas* und *imperium* Grundgedanken des römischen Staatsrechts, so müssen sie schon im *regnum Romanum* vorhanden und unterscheidbar, ja gerade da am reinsten markirt und am hellsten ausgeprägt gewesen seyn.

Rubino[3] und Mommsen[4] halten die beiden Termini ungeschieden; Letzterer führt principiell aus[5], daß *potestas* und *imperium* sich nicht als getrennte Elemente auseinanderhalten lassen, und daß Auspicien und *imperium* den eigentlichen Inhalt des Staatsamts (*magistratus*) ausmachen. Wie sehr auch bei Anderen die Vermengung beider Grundbegriffe Platz gegriffen, sehen wir z. B. aus v. Bethmann-Hollweg[6], welcher die *lex curiata* eine Vollmacht nennt und in dem *imperium* die Vertretung des Staats (nach Außen) findet. Ziemlich[7] richtig aber scheidet schon der auch sonst mit glücklichem Griff begabte und kritisch unbefangne Schwegler. Zu bedauern ist, daß Mommsen, der sich durch Ansammlung massenhaften Quellenmaterials und scharfsinnige Verwerthung desselben so hervorragende Verdienste um das römische Staatsrecht erworben und namentlich durch seine feinen, generalisirenden Abstractionen über die Magistratur neue Gesichtspunkte eröffnet hat, mit seiner Theorie von *potestas* — *imperium* einen unglücklichen Rückschritt inaugurirt hat, vieles damit in Dämmerung senkt und die *lex curiata* zu einem Curiosum stempelt, welches die *inauguratio* und den ganzen *Rex* in Nacht und Chaos begräbt. Solcher Nacht entsteigen dann Phantasmen, wie dasjenige Münderloh's[8], welcher meint, der *Rex* habe vor einem Kriege seine Würde „zur Disposition seiner Wähler gestellt" und dann durch die *lex curiata* als „Zeichen des Vertrauens" die „Vollgewalt seiner Würde" zurückempfangen.

Leichter als dies begreift sich die auf die *creatio* folgende *lex*, wenn wir von der ganz natürlichen, einfachen und sehr nahe liegenden Erwägung aus-

1) Navius in der Tradition als Alter und Augur bezeichnet, d. h. Repräsentant der Alten (*Patres*, *Seniores*) und der Auspicien Kundiger (wie Romulus auch als *optimus augur* bezeichnet ward). Nicht als *augur*, sondern als Alterspräsident der wegen der *auctoritas Patrum* versammelten Geschlechtshäupter versagte dieser Sabiner, im Sinne des sabinischen Conservatismus, dem Tarquinius, der mit latinischen Elementen den Staatsrahmen sprengen wollte, die *auctoritas*. S. Lange I, S. 310. Nach Dionys. 3, 70 soll Navius in der That gar nicht dem Collegium der Augurn angehört haben; s. Rubino Untersuch. I. S. 46. Nach Plin. 34, 5 stand die Statue des Navius *ante curiam*; dort also (unfern dem *comitium*: cf. Becker R. Alterth. I. S. 284 und Voigt, die *leg. reg.* S. 709) mag der Zusammentritt der *Patres* üblichermassen stattgefunden haben.

2) Lange I. § 46. Dazu Clason i. d. Heidelb. Jahrbb. 1872. S. 589—594.

3) Untersuchungen (1839), S. 360 ff. — 4) Röm. Staatsr. I. (2. Aufl.) S. 22. 73. 588.

5) Röm, Staatsrecht (2. Aufl.) I. S. 7—24. 73—133. 588. — 6) Röm. Civilprocess II. S. 85.

7) Schwegler Röm. Gesch. I. .S 647 rechnet die Steuergewalt irrig zur *potestas*.

8) Aus der Zeit der Quiriten (Weim. 1872) S. 5.

gehen, daß in jedem Staatsregiment, es mag etablirt seyn, wo und wie es wolle, zwei Elemente sich unterscheiden: ein Repräsentations- und ein Coërcitionselement, d. h. das Organ des Centralwillens hat die Aufgabe, Namens und an Stelle des Staats zu handeln, da der Staat selbst nicht zu handeln im Stande ist, und sodann: zwingend einzuschreiten, wo das Staatswohl es heischt, und den Willen der Genossen zu bestimmen, zu zwingen und bez. zu brechen. Dort liegt Vollmacht vor, für die Bürger zu handeln, hier eine Herrschaft über die Bürger: zwei selbständige Aufgaben, die um so weniger verwechselt und vermischt werden können, da bei der ersteren offenbar die Bürgerschaft, bei der zweiten das Organ als das Höhere und Uebergeordnete, also die Bürgerschaft dort als der Principal, hier als der Unterthan und Gehorsamschuldende erscheint. Wer Vollmacht ertheilt, gibt Auftrag und trifft Anordnung, bringt seinen Willen zur Geltung, aber ordnet sich nicht unter; wer dagegen einem Anderen Zwangsgewalt einräumt — z. B. wenn im Mittelalter Jemand sich einen Lehnsherrn erkor — erkennt einen fremden Willen über sich an und ordnet sich insoweit diesem unter. — Ohne diese zwei Ausgangspunkte, die, wie man sieht, bloß für den, welcher nicht sehen will, nicht himmelweit auseinander liegen, läßt sich keine menschliche Gemeinschaftsorganisation ausführen. Die *potestas* wendet sich, so zu sagen, an das Ganze der Bürgerschaft: es gilt dieselbe im Ganzen zu vertreten, und was der *Rex* in dieser Beziehung handelt, trifft nicht den einzelnen Bürger, sondern gilt dem *nomen populi;* wogegen das *imperium* sich an und gegen den einzelnen Bürger wendet, an sein *caput et bona* geht und ihn als Unterthan ergreift. Dies Letztere ist etwas Großes und Eigenthümliches im System der altrömischen Rechtsanschauung, welche dem *paterfamilias* für seine Privatwelt volle Souveränetät und eine autonome Stellung so energisch wahrte, daß es eines ganz besondern Anlaufs bedurfte, um an diesem Punkte eine übergeordnete Autorität aufzurichten.

So hatte in *re domestica* (*privata, familiari*) das römische Familienhaupt seine Familie zu vertreten und in Zucht zu halten: jenes bildete den Inhalt der (*patria*) *potestas,*[1] dieses ist der eigentliche Sinn des (*domesticum*) *imperium.* Wenn Gellius (10, 23) den M. Porcius Cato (*de dote*)[2] sagen läßt: *vir cum divortium fecit, mulieri judex pro censore est, imperium, quod videtur habere; si quid perverse taetreque factum est a muliere, multatur; si vinum bibit, si cum alieno viro probri quid fecit, condemnatur,* so ist nicht die *manus,* sondern das *imperium* in Frage; und wenn bei Plautus (*Stich.* I, 2. v. 71) Antipho zu seiner widerspenstigen Tochter sagt: *ita mi auctores sunt amici, ut vos hinc abducam,* so ist (wie in v. 84 dann ausdrücklich gesagt ist) wieder das *imperium,* nicht die *potestas* der zutreffende Begriff; dieses *imperium* begreift das *judicium domesticum* und führt auf das *consilium amicorum* hin. *Potestas* und *imperium,* jedes hat seine besondere geschichtliche Entwickelung gehabt: das *imperium* schrumpft zusammen, während die *potestas* (mit Ausnahme des *jus militum*) sich lange in seiner vollen Kraft erhält.

Werfen wir einen Seitenblick auf das germanische Rechtsleben, so zeigt sich uns unter den staatsrechtlichen Competenzen des Königs als wichtiges und besonderes Element der Königsbann, in welchem derselbe Gedankentrieb

1) *Potestas* kommt in dreifacher technischer Anwendung vor: in der privatrechtlichen (*patria, domini*), sacralen (die *flamines* und *vestales in Dei potestate*: Marquardt IV. S. 244. 280. 284) und staatlichem Sinne (*potestas regia, magistratuum, tribunicia*).

2) Jordan, *M. Caton. quae extant, p.* 68. Voigt D. *lex Maenia de dote* (1866), S. 15. 22. 27 fg. 41.

regiert, wie im *imperium.* Neben seiner Aufgabe, den Volksfrieden zu wahren (*mundeburdis regia*), Recht zu sprechen und die gemeinsamen Angelegenheiten zu führen, hatte der König das Recht des Bannes, demzufolge er befehlen und Strafbußen auflegen konnte.[1] Der Königsbann wurde zwar nicht besonders dem König verliehen, er hatte ihn *ipso jure,* allein man unterschied ihn deutlich von den übrigen Königsrechten, und der König konnte ihn an seine Beamten (Grafen) verleihen.

Sollten, so fragen wir nun, die Römer, die in ihrer staatsrechtlichen Begriffswelt so scharfe Grenzlinien zogen und in alter Zeit die einfachsten Elemente am schärfsten hervortreten ließen, nicht in ihrem *jus publicum* das markirt und zu einem Rechtskörper gestaltet haben, was sie im Mikrokosmos des Hauses anerkannten? Ist es doch für klare Ausgestaltung des Staatswesens unendlich viel wichtiger, den verschiedenen Functionen einen deutlichen, prägnanten und imponirenden Ausdruck zu geben. Fürwahr, wenn wir gar nichts von der ältesten Zeit wüßten, so müßte uns schon die einfachste Logik des Staatsrechts dazu drängen, eine Function der Stellvertretung der *civitas* und eine Function der Herrschaft über die *cives* zu unterscheiden und einen Ausdruck dieser Distinction im ältesten Verfassungsbau der Römer zu vermuthen. Wäre der Regent nicht gewählt, sondern aus eignem Recht aufgetreten, so hätte es geschehen können, daß die Scheidung jener zwei Functionen unausgedrückt blieb; allein daß man einem gewählten Regenten sich als Unterthanen unterwerfen wolle, mußte irgendwie staatsaktlich hervortreten; am entschiedensten da, wo — wie das in Rom eben der Fall war — in den *gentes* und ihren Häuptern noch ein gutes Theil alten souveränen Stolzes und Freiheitsgefühls lebendig war. Die *gentes* und der *rex* zugleich mußten das Bedürfniß einer staatsrechtlichen Feststellung der Hoheitsrechte empfinden, welche dem bisherigen Mitbürger über seine Mitbürger, dem Angehörigen der einen *gens* über sämmtliche *gentes* eingeräumt werden sollten.

Daß die Römer die zwei Elementarbegriffe: „Repräsentation" und „Coërcition" der Bürgerschaft, hatten, zeigt sich unverkennbar durch die zwei Worte an, welche der ältesten Staatsterminologie entstammen: ***potestas*** und ***imperium,*** zwei Worte, die wie ein Geschwisterpaar neben einander hergehen[2] und unsern Blick in eine so begriffs- und wortkarge Zeit zurücklenken, daß wir an keinen Pleonasmus glauben können und statt der Abundanz nur ein Wirrsal erkennen würden. Aber mit einem staatsrechtlichen Wirrsal hat ein Staat, wie der römische, sicher nicht begonnen.

Und nun kommt dazu, daß für die Regentenmachtfülle ein doppelter Staatsakt Voraussetzung war. Auch hier einen Pleonasmus, eine Wiederholung annehmen, hieße ein zweites Wirrsal den Römern imputiren. Die zwei der Regentschaft nothwendigen Akte sind die *creatio*[3] und die *lex curiata de imperio,* die erstere ein *jussus populi* an den Bürger, die Regentschaft zu übernehmen, die andere ein Vertrag mit dem erwählten Regenten über die

---

1) v. Schulte Lehrb. d. deut. Reichs- und Rechtsgesch. (2. Aufl.) § 42. 110. 111.

2) *Potestas* von *posse* (*potis!*)? *Imperium* von *parere* = gehorchen machen? *cf. Cic. de leg.* 3, 3: *imperia sunto iisque cives parento!*

3) Die *creatio* und die *lex*, beide gehen aus Abstimmung (*suffragium populi*) hervor und sind ein *agere* (*rex, interrex, magistratus agit cum populo*), aber die *creatio* ist ein *jussus* an eine Person *aliquid facere* d. h. *regem esse*, die *lex* aber ein *jussus*, *aliquid fieri.* — Zur *creatio regis* kam die *inauguratio* hinzu, welche dem von Menschen Erwählten die Weihe der Götter gab, die Regentenvollmacht zum *fas* erhob, das Recht der Auspicien und Opfer hinzufügte und die Proclamation des Regenten im Namen der Götter (*declaratio regis*) enthielt. Sie fiel hinweg mit der Verweltlichung der Regentschaft, d. h. Einsetzung des Consulats und Scheidung von *rex* und *praetor* (*consul*). Lange I. § 46.

Abtretung besonderer Befugnisse an ihn. Die *creatio* ist Ertheilung der Vollmacht, sie enthält auch eine *lex* (*praepositionis*), aber eine einseitig ertheilte, sie bevollmächtigt den Regenten zum *agere cum et pro populo;* die *lex de imperio* ist ein Vertrag mit dem Regenten, welcher ihn über die Mitbürger stellt und diese zu seinen Unterthanen macht, was nicht einseitig geschehen kann, denn der Regent muß, so zu sagen, von diesen Befugnissen Besitz ergreifen; ein reiner Befehl wäre nicht am Platze, wo der Befehlende sich unterordnen will; aber ebensowenig kann auch von einer bloßen Huldigung oder Analogie derselben die Rede seyn.[1] Durch die *lex de imperio* also wird der Verwalter der *res publica* auch zum Gebieter der *cives,* das Organ zum Oberhaupt, der Bevollmächtigte zum Regenten, der *praepositus negotiis* zum *praefectus civibus* (*s. Praetor*). Aus diesem wichtigen Gedanken erklärt sich die Zähigkeit der Institution der *lex de imperio*, die zuletzt noch in der Gestalt der 30 Lictoren festgehalten ward: eine absolute Unerklärlichkeit, wenn man mit Mommsen annimmt, der Akt hätte dem Beamten streng genommen (?) kein Recht gegeben, das er nicht bereits hatte.[2] — Uebrigens ist dabei zu bemerken, daß dieses älteste Curiatgesetz eine Originalerscheinung in der juristischen Begriffswelt ist; es ist der Indifferenzbegriff, in welchem die dann auseinandergehenden Begriffe von Vertrag und Gesetz noch zusammen beschlossen sind (*lex contractus, lex publica*).

Direkt bewiesen wird die grundsätzliche Unterscheidung von *potestas* und *imperium* durch die bekannte Stelle bei Festus (*Epit. M. p. 50*): *cum imperio est: dicebatur apud antiquos, cui nominatim a populo dabatur imperium; cum potestate est: dicebatur de eo, qui a populo negotio alicui praeficiebatur:* das Eine ist also die Befehlsgewalt und das Andere ist die Vollmacht, zu handeln; dies die Unterscheidung der Alten. Und diese Vollmacht bildet das Wesen der Magistratur; demgemäß sagt Servius (*ad Aen. 2, 161*): *quod rex promittit, videtur res publica polliceri.* Magistrat ist, wer vom Volke selbst die Vollmacht empfangen hat; daher ist es nicht Phrase, sondern correcter Ausdruck, wenn *magistratus imperiumve, magistratus et imperia* zusammen steht: dann ist *magistratus* offenbar gleichwerthig mit *potestas;* z. B. in der *lex Bantina v. 17. 19.*, in der *lex Acilia repetundarum v. 8. 9.*[3], bei Sueton (*Caes. c. 54. 75.*); wie denn sonst oft *imperium et potestas* verbunden ist, z. B. in der *lex Rubria c. 20. v. 51.*, bei Cicero (*Verr. 1, 13, 37; ad Quint. fr. 1, 1, 10, 31*), bei Ulpian (*fr. 32. de injur. 47, 10*). Wie *magistratus* und *potestas* correlate Begriffe sind, so auch *auspicium* und *magistratus;* dies beweist, was Gellius (13, 15) aus dem *liber de auspiciis* des M. Messala mittheilt: *patriciorum auspicia in duas sunt divisa potestates; maxima sunt consulum, praetorum, censorum. Reliquorum magistratuum minora sunt auspicia: ideo illi minores, hi majores magistratus appellantur.* Also die *potestates auspiciorum* bestimmen den Karakter der *magistratus,* den *maxima* und *minora auspicia* entsprechen die *majores* und *minores magistra-*

1) Dies der unpassende Gedanke Mommsen's, der eben den Begriff des *imperium* aus der Welt schaffen möchte. Huldigung will immer ein streng persönliches Verhältniss begründen; ein solches lag gar nicht in der Art der staatsrechtlichen Beziehungen römischer Bürger. Die Huldigungsidee passt höchstens in die *gens,* aber nimmermehr in die *res publica.* Dagegen mit Recht v. Bethmann-Hollweg Röm. Civilproc. II. S. 85. Lange I. S. 303.

2) Mommsen Röm. Staatsr. I. (2. Aufl.) S. 590. Ich kann jedoch auch nicht mit Lange (I. S. 305) übereinstimmen, wenn dieser das Curiatgesetz als Ausdruck einer publicistischen Arrogation versteht: denn die *potestas,* welche durch *arrogatio* erworben wird, hat der *Rex* bereits durch *creatio,* und nur das *imperium* ist in Frage, und übrigens ist die Stellung des *Rex* nicht dem *paterfamilias,* sondern dem *tutor* juristisch zu vergleichen, welcher *vis ac potestas in capite libero* erwarb: was ohne *capitis diminutio* von Statten ging.

3) s. Bruns *Fontes juris Rom.* (*ed.* 3.) *p.* 49. 52.

*tus;* und weiter heißt es dort, es hange von der Identität (Gleichartigkeit) der Auspicien ab, ob die Magistrate Collegen sind oder nicht, wie die Prätoren, aber nicht die Censoren der Consuln Collegen sind. Hiermit steht die „uralte Formel“ *auspicium imperiumque* im vollen Einklang[1], sie ist der correcte archaische Ausdruck der Doppelfunction *potestas* (Vollmacht) und *imperium* (Herrschaft), womit der gesammte Inhalt der einem Magistrat möglicher Weise zuständigen Functionen zusammengefaßt wurde.

Noch möge angedeutet werden, daß nur mit grundsätzlicher Festhaltung jener Unterscheidung Klarheit in die Gestaltung anderer dem römischen Staatsrecht angehöriger Begriffe kommt. An jeden der beiden Grundbegriffe *potestas* und *imperium* hängt sich eine Begriffsreihe, die von dort und hier ihr Licht empfängt. Jedes von beiden hat seine Attribute (*sella curulis* und *toga praetexta* — *fasces, securis*), seine Werkzeuge (*praecones* — *lictores*), seine Beziehungen (*auspicium* — *consilium*), seine Geschichte (abnorme *potestas* der *tribuni plebis* — abnormes *imperium* der Proprätoren). Die *potestas* vertheilt sich nach dem Karakter der Auspicien, wobei die collegiale Solidarität in Frage kommt; eine andere Theilungsart stellt sich in der Zutheilung der *provinciae* (geschiedener Bezirke) dar, und wie der Begriff des *consilium* (in seiner weitverzweigten Anwendung[2]), so hangen auch die Begriffe der *majestas* und der *provincia* mit dem *imperium* (nicht mit der *potestas*) zusammen, während das Intercessionsrecht wesentlich dem Bereiche der *potestas* angehört.

Im Großen und Ganzen der geschichtlichen Entwickelung zeigt sich freilich eine Abschwächung des begrifflichen Unterschieds: theils werden Elemente des *imperium*, z. B. das *jus multae dictionis* und *prensionis*, der *potestas* (aller *magistratus*) angehängt, theils Elemente der *potestas* den Trägern des *imperium* eingeräumt, so den *tribuni militum consulari potestate*, den Promagistraten in den Provinzen[3]. Die Censur war in erster Linie eine abgezweigte *potestas*, die Prätur in erster Linie ein abgezweigtes *imperium* (*mixtum!*); die Volkstribunen wurden nach der *lex Hortensia* zu den Magistraten gerechnet, unzweifelhaft ward ihnen nun *potestas* beigelegt, während *imperium* im wahren Sinne ihnen „zu allen Zeiten gefehlt“ hat[4]. Das Amt der Volkstribunen war eine neue Art *potestas*[5], das Amt der Provinzialregenten eine neue Art *imperium*. Auch hier also sehen wir das Auseinanderstehen beider Begriffe, und doch beginnt allmählich eine Ineinanderschiebung der beiderseitigen Elemente, welche es vollkommen erklärt, daß später die Reinheit der Terminologie aufgegeben und endlich mit *potestas gladii* gerade die Spitze des *imperium* bezeichnet und von *Paulus*[6] *potestas* und *imperium* identificirt wird.

---

1) Auch hier wieder scheint mir Mommsen (Röm. Staatsr. I. S. 73. 87.) den Römern einen falschen Gedanken zu insinuiren, wenn er sagt, die Auspicien sollten die Geschäfte der Magistrate den Göttern gegenüber seyn, im Unterschied von den Geschäften den Menschen gegenüber (?). Vielmehr deckt hier *auspicium* das Handeln *pro populo* und das *imperium* daneben drückt nicht stellvertretendes Handeln, sondern Herrschaft und Befehl aus. *Auspicium* ist nicht Verkehr mit den Göttern, *imperium* nicht Verkehr mit den Menschen, denn in den Auspicien befragt der Mensch bloss die Götter für seinen Verkehr (mit den Menschen), Verkehr (ein Handeln) mit den Göttern liegt in den *sacra*, Gelübden und Festen; *imperium* aber ist Herrschaft über die Menschen, nicht Verkehr mit ihnen (ein Handeln an ihnen, nicht mit ihnen).

2) Ueberall wo *imperium* ertheilt ist, findet sich ein *consilium* an die Seite gestellt, und (wie ich gegenüber Mommsen I. 2. Aufl. S. 361. Anm. 5. bemerken möchte) es ist nicht gleichgiltig, dass die römische Tradition, welche den Tullus Hostilius den Senat (*consilium Seniorum*) organisiren und das *imperium* ausbilden lässt, auch die Lictoren und Fasces, oder wenigstens deren Sicherstellung auf Rechnung jenes Regenten schiebt.

3) Vergl. Lange I. (3. Aufl.) S. 620. 655—8. 663. 678. 692. II. S. 63.

4) s. Mommsen Cäsar und der Senat, S. 5. und Röm. Staatsr. II. 1. S. 271. 275. 295—7.

5) Das neue Potestaselement, das Intercessionsrecht — seit der collegialen d. h. paarweisen Regentschaft — ist hier zum Inhalt eines eignen Amtes gemacht. — 6) *fr.* 215. *de V. S.*

# Erste Periode.

## Die latinische Zeit.

**(Vom Eintritt der Plebs bis zur Gesetzgebung der XII Tafeln.)**
**640—450.**

---

### XVII. Kapitel.

#### I. Die Staatsordnung.

(Zu § 69—76.)

#### I.

#### Uebersicht dieser Periode.

Nachdem Alba Longa, „die alte heilige Metropole Latiums", zerstört war, erweiterte sich das Röm. Gebiet vermuthlich rasch zu einem Umfang von 20 bis 30 Quadratmeilen mit etwa 100,000 Bewohnern, und zwar hauptsächlich auf Kosten der latinischen Nachbargegenden, deren Bevölkerung den römischen Göttern und Regenten unterthan und theilweise sogar in die nächste Umgebung Rom's verpflanzt wurde. Rom setzte sich mit der Gründung seiner ersten Colonie (*Ostia*) am Meere fest und schwang sich — dies war „das große Werk der Königszeit" — zur Hegemonie über Latium auf; seinem fortgesetzten Centralisationssystem entnahm es die Kraft zum Uebergewicht über den gesammten latinischen Gemeindeverband, obschon eigentlich die Föderation auf vollständige Rechtsgleichheit der Römer einerseits und der Latiner anderseits (Isopolitie)[1] begründet, und dieses Verhältniß noch in der Bundeserneuerung v. J. 493 v. Chr. (Sp. Cassius) festgehalten war. „Schon damals mochten nur durch und mit Rom die Latiner ihre Küsten gegen die Karthager, Hellenen und Etrusker schirmen und ihre Landgrenze gegen die unruhigen Nachbarn sabellischen Stamms behaupten und erweitern können."[2]

Am glücklichsten dehnte sich die Südgrenze gegen die Aequer und Volsker aus, und es wurden hier zur Sicherung der entfalteten Macht lateinische Colonien, d. h. als autonome Glieder des latinischen Gemeindeverbandes anerkannte Bundesfestungen, gegründet. Dagegen hatte Rom einen harten Kampf, in welchem die tuskische Macht (Porsena von Clusium?) nahe

---

1) Dionys. 7, 53; 8, 35.

2) Mommsen setzt jetzt (l. s. Schrift über die Röm. Chronologie bis auf Cäsar, Berl. 2. Aufl. 1859) den berühmten Bundesvertrag zwischen Rom und Karthago in d. J. 348 v. Chr. (406 d. St.), anstatt, wie er selbst noch in der 1. Aufl. seiner Röm. Gesch., ebenso Schwegler I. S. 790 ff. und Voigt das *jus naturale* der Römer II. S. 575 ff. in das erste Jahr der Republik. „Damit erweist sich freilich dieser Vertrag, der seit Niebuhr als ein Leuchtthurm in der klippenvollen See altrömischer Geschichte gegolten, für die älteste Zeit als ein Irrlicht, und jeder wird das Bedauern Mommsen's theilen, mit dem er das Fundament dieser anscheinend festen Säule untergräbt". v. Sybel's histor. Zeitschr. II (1859) S. 179.

daran war, die Suprematie über ganz Italien zu erlangen, mit dieser Macht zu bestehen, besonders während der auf die Vertreibung der Tarquinier folgenden Verwirrung und Schwäche. Erst nachdem durch Syrakus die karthagische Macht (bei Himera i. J. 480) zurückgeschlagen war, fiel die Seeherrschaft ihrer etruskischen Verbündeten und trat zurück hinter dem Einfluß der Syrakusaner und Tarentiner; Rom vermochte nun gegenüber Etrurien seine frühere Stellung wieder zu erringen (älterer Vejenterkrieg, 483—474). Durch die kurz vorher (486) erfolgte Zuziehung der Herniker zu dem Röm.-latin. Bunde war es Rom gelungen, die Volsker zu isoliren und eine Vormauer gegen die Sabeller zu gewinnen. Die Ausbreitung der Herrschaft über Antium mißlang noch[1].

Das städtische Leben scheint unter den Tarquiniern einen raschen Aufschwung genommen zu haben; zur Zeit der Vertreibung derselben war Rom bereits eine ansehnliche Stadt. „Wenn wir auch den Berichten der späteren Geschichtschreiber noch so wenig Vertrauen schenken mögen, so können wir doch den großartigen Bauwerken, deren unverwüstliche Reste noch zu unserem Geschlechte sprechen, nicht den Glauben versagen. Die Aufrichtung des majestätischen Capitolinischen Tempels, die Entstehung der riesenhaften Cloaken sind aber innig verknüpft mit den Schicksalen der Tarquinischen Dynastie. Diese bietet uns zugleich den Vortheil, daß es bei ihr zu dämmern beginnt in der Röm. Geschichte.“[2] Das von Ancus vergrößerte Rom ward durch Erbauung des aventinischen Dianatempels geweiht, worin eine Anerkennung der Hegemonie über Latium lag, und mit einer neuen Mauer umgeben, was der neuen Heeresordnung entsprach; wie diese wesentlich hellenischer Art war, so machten sich allenthalben in der Ordnung der Maße und Gewichte, sowie der Circusspiele, selbst in dem neuen Bauschmuck der Stadt, hellenische Muster geltend[3], und die Reception der Sibyllinischen Orakel begünstigte die Verbreitung des griechischen Ritus (Apollo u. s. w.). „Rom war durch die Gunst der Geschicke und die Kraft der Bürger aus einer regsamen (Handels- und) Landstadt der mächtige Mittelpunkt einer blühenden Landschaft geworden“ und gleichsam zum zweiten Male geschaffen. Noch ist aber das Volk Latium's vorwiegend ein ackerbauendes; „es hat sich in der ganzen Königszeit mit Kupfer nach dem Gewicht beholfen und selbst die fremden Münzen nicht eingeführt.“[4]

Ganz neue sociale Impulse erhielt Rom durch die von Ancus eingeführte, von Tarquinius Pr. begünstigte, von Servius organisirte Plebs, welche in raschem Wachsthum begriffen war. Sie konnte leicht immer tiefer in den Röm. Organismus eindringen, da die von ihr vertretene Richtung auf freie Güterbewegung und individuellen Privatverkehr in dem latinischen Element des Patriciats gewisse Anknüpfungspunkte und in dem Einflusse fremder (etruskohellenischer) Kulturstoffe erhebliche Förderung finden mochte. Durch dieses Eindringen des Plebejerthums war für Rom, welches bis dahin zwischen Latinerthum und Sabinerthum schwankte, das Uebergewicht des progressiven Karakters gesichert.

---

1) Schwegler Röm. Gesch. I. S. 730 ff. 787 ff. II. S. 198. 287 ff. 303 ff. 486 ff. Mommsen Röm. Gesch. I. S. 98. 104 ff. 324 ff. 342 ff. Lange Röm. Alterth. I. § 56. 60.

2) Tauschinski i. d. Zeitschr. f. d. österr. Gymnas. 1864. S. 229.

3) Ueber die Spuren hellenischen Einflusses aus der Periode der Tarquinier vergl. Bökh Metrolog. Untersuch. (1838) S. 206—8. Huschke Verfass. d. Serv. Tullius, S. 48. Grotefend Z. Geogr. u. Gesch. v. Altitalien, 3. Heft (1840) S. 5. 6. Abeken Mittelitalien vor den Zeiten d. Röm. Herrschaft (1843) S. 24. 51. Peter Gesch. Roms I. S. 94. Schwegler I. S. 679 ff. Marquardt Röm. Alterth. IV. S. 43 ff. Voigt, das *Jus naturale* d. Römer II. S. 588. Lange I. § 24. 56. 57.

4) Schwegler I. S. 673. 781. 792 ff. Mommsen I. S. 109 ff. 202. Lange I. §. 56. 57.

Der Kampf des Plebejerthums mit dem Herrenstande, welcher sich immer schroffer abgeschlossen zu haben scheint, zerfällt in zwei Perioden, deren Grenzscheide durch die Decemviralgesetzgebung gebildet ist. In der ersten Periode ist der Kampf vielmehr ein socialer, als ein eigentlich politischer: nicht auf politische Gleichstellung und Theilnahme am Regiment geht jetzt schon das Streben der Plebejer, sondern auf Abwehr der Uebergriffe, auf Sicherstellung gegen die administrative und richterliche Willkür der patricischen Magistrate, sowie auf Abhilfe der wirthschaftlichen Noth durch Erleichterungen im Schuldenwesen und durch Aeckeranweisungen aus dem *ager publicus*. Dieses Streben bedroht Rom mit Zerklüftung; der Plebs gelingt es am Ende dieser Periode, sich zu einer geschlossenen Körperschaft zu constituiren, und das Verhältniß zwischen beiden Ständen nähert sich der Idee eines völkerrechtlichen Bundes zwischen zwei (unter ungleichem Recht) föderirten Gemeindestaaten; alle die Plebs als Stand betreffenden Gesetze kommen daher wie förmliche *foedera* des Fetialenrechts zu Stande, sie sind Friedensverträge und heißen davon *leges sacratae*.[1]

## II.

## Anfang dieser Periode.

Wir beginnen die Geschichte Rom's mit Ancus. An dessen Namen knüpft einstimmig die Tradition das Auftreten der Plebs, und durch die Plebs ward Rom zu einem historischen Staat. Ihre Aufnahme muß eine Neuerung gewesen seyn, auch wenn Ancus der Plebs noch nicht eine politische Stellung und Ordnung angedeihen ließ, denn sie fand keine Anknüpfung an dem bestehenden sacralen Gentilverband, mag nun der Regent sich zum Patron der neuen Menge aufgeworfen oder ihren Zustand vorläufig ohne alle Basis gelassen haben. Unter den nachfolgenden Regenten aber häufen und steigern sich zusehends die politischen Neuerungen.

Ancus befestigt auch das Janiculum, verbindet das jenseitige Tiberufer durch den *pons sublicius* mit Rom, Ostia gründend richtet er den Blick aufs Meer und weissagt gewissermaßen Rom's Zukunft. Mit Ancus beginnt ferner ein neuer Typus des Römischen Königthums: als Numa's Enkel hat er — dieser Zug der Sage ist unverkennbar — sich auf die Idee der Erbfolge gegründet, und in der Erbauung des Staatsgefängnisses drückt sich die beginnende, wenn auch noch leise auftretende, Tyrannis aus. Die Tyrannis ist die Form eines kräftigen Staatsaufschwungs, einer sowohl administrativen als kriegerischen Expansion Rom's gewesen: mit Ancus aber beginnt sie, wie die Erweiterung und Befestigung Rom's durch ihn und der Umstand beweisen, daß die Tradition, während ihr zufolge noch unter Tullus Hostilius das Röm. Gebiet nur bis zum 5. Meilenstein sich erstreckte, den Ancus das ganze linke Tiberufer bis zum Meer dem Staatsgebiet einverleiben läßt, und daß der von Liv. 1, 32. und Serv. Aen. 10, 14. adoptirten Tradition zufolge Ancus der Stifter oder Vervollkommner des Fetialeninstituts d. h. des Völkerrechts gewesen ist.[2] Die Gründung der ersten Colonie (*colonia maritima*) und die Reception der Plebs sind einander ergänzende Unternehmungen, denn sie zeigen die gleichmäßig energische Entfaltung des jungen Staatswesens nach Außen wie nach Innen.

---

1) Schwegler II. S. 34. 209 ff. 249. 280 ff. 621 ff. Mommsen I. S. 262. 291. Lange I. § 69. 71.
2) Schwegler I. S. 554. 585. 603.

Ancus scheint in sich den Geist des Romulus und des Numa[1] zu verbinden; zugleich aber durch seinen Namen Ancus (*ancilla!*), als Stifter der Plebs, wie als Erbauer des *carcer publicus* und Gründer des Stadtbefestigungssystems (wozu auch Ostia als Schutzwehr gegen Piraten gehörte[2]) ist er ein Vorläufer des Servius Tullius (*servus!*), des Ordners der Plebs, Vollenders des *carcer* und militärischen Organisators Rom's für Angriffskriege: die Mitte der ganzen Regentenfolge einnehmend weist Ancus mithin rück- und vorwärts[3] und erscheint wie der Angelpunkt, in welchem die aus dem zeitlosen Urkönigthum in die Aera der Röm. Tyrannis überführende Pforte hängt. Diese Gründe bestimmen mich, abweichend von Schwegler[4], welcher die Regenten zweiter Folge erst mit Tarquinius Priscus beginnen läßt, und vielmehr in Uebereinstimmung mit Lange den König Ancus als den Anfang der Tyrannis anzunehmen. Allerdings „schreibt die Tradition jedem der drei letzten Könige gewisse Verfassungsänderungen zu, während sie für die Epoche der 4 ersten Könige einen unveränderten Bestand der ursprünglichen romulischen Verfassung voraussetzt“[5]; allerdings „steht Ancus, was die Art seiner Berufung zum Throne betrifft, völlig legitim da, und würde insofern mit den drei älteren Königen verbunden werden können“[6]; allerdings verbindet die Sage durch Zurückführung der Mauer und des Wallgrabens, sowie des Capitolinischen Tempels auf die drei letzten Regenten[7] diese zunächst unter sich. Allein in vielen Hauptpunkten wird Ancus, welcher ohne allen Bezug zu seinem Vorgänger steht, der folgenden Regentenreihe nahe und gleichgestellt. Ancus und Tarquinius Priscus legen den Grund zur römischen Herrschaft über Latium, Servius Tullius schafft das Bundesverhältniß, und Tarquinius Superbus vollendet die Hegemonie Rom's über Latium: in diesem Bezug also bilden die 4 letzten Regenten entschieden eine zusammenhängende Linie der römischen Entwicklung[8]. Es sind ferner die 4 letzten Regenten, „von denen die Tradition der Reihenfolge nach immer bestimmtere und stärkere Symptome tyrannischer Regierung zu berichten weiß.“ Sowohl Ancus als Tarquinius Pr. gelangen noch in den legitimen Formen des Wahlkönigthums zum Throne, sie gehören beide noch „dem mildern Stadium der Tyrannis an“, und nicht gewaltthätig, nur kraftvoll war ihr Regiment. Aber auch das ist ihnen gemeinsam, daß in mehrern Zügen der Tradition das Bestreben, ihre Herrschaft erblich zu machen, hervortritt[9]. Der usurpatorische Karakter steigt mit Servius Tullius und gipfelt in Tarquinius Superbus. Beide gelangen zum Throne mit Umgehung aller legitimen Formen, aber Servius versucht doch noch nachträgliche Legitimirung, während Tarquinius sich lediglich durch illegitime Mittel in der Herrschaft behauptet. Jener stützt sich auf die Plebs, also ein internes Element, Tarquinius dagegen sucht außerhalb Rom's bei fremden Mächten die Stützen seiner Gewaltherrschaft. Gleichwie Ancus und Tarquinius Priscus, und noch mehr als diese, stützt sich Servius auf die Gunst der Plebs, aber von Gewaltthaten weiß über ihn die Tradition so gut wie nichts zu berichten; erst Tarquinius Superbus setzt sich über den Senat, das *consilium publicum*, hinweg und betrachtet sich als den *herus* des Staats, diesen gleichsam als sein *patrimonium*[10]. Endlich ist es der Einfluß des Fremden, welcher mit Ancus beginnend durch die Tarquinische Zeit immer zu wachsen scheint: die Buch-

1) Liv. 1, 32. — 2) Volgt Das *jus naturale* und *gentium* der Römer II. S. 574.
3) Schwegler I. S. 603. — 4) I. S. 685. 694. 699. — 5) Schwegler I. S. 609.
6) Lange I. § 56 z. A. — 7) Lange I. § 56. S. 439.
8) Cicero *de rep.* II, 19. 21. Liv. I, 52. Dion. IV, 48. — Lange I. § 56 z. A.
9) Lange I. § 56 z. A. — 10) Cicero *de rep.* II, 24. 26. 29. Dion. IV, 29. 31. Lange I. § 56. S. 433.

stabenschrift kommt nach Rom, die Götterverehrung in Bildern menschlicher Gestalt wird angenommen, es entstehen (durch Ostia über das Meer?) mit Cumae lebhafte Beziehungen. In Allem, was die Tarquinier thun, in ihren Reformen des Staatswesens und in der Art des äußeren glanzvollen Aufschwungs, den sie hervorrufen, finden wir uns an die ältere, ungefähr gleichzeitige, Tyrannis der griechischen (unteritalischen) Staatenwelt erinnert. Die Tyrannis aber bahnt der Republik den Weg, ist nur deren Vorstufe [1].

Blicken wir lediglich auf die Außenseite und auf die Form der monarchischen Spitze, so scheint freilich die Zeit der späteren Regentenreihe eine bloße Fortsetzung des Urkönigthums, allein in Betreff der innern socialpolitischen Evolutionen bildet die Republik eine unmittelbare, wenn auch durch mancherlei Action und Reaction sich bewegende Fortsetzung der Tyrannis. Die politische Incorporation der Plebs war ein Bruch mit dem Geist des alten Rom, ein tiefrer Bruch, als die nachherige Abschaffung der monokratischen Regentschaft, welche freilich im Lichte späterer Zeiten eine frappantere Rolle spielte und den Schein einer gewaltigeren Revolution erhielt. Zur Zeit der ersten Regenten lag der Schwerpunkt des gemeinsamen Lebens noch außerhalb der politischen Verfassung, und konnte darum von einem souveränen Staatswillen im strengen Sinne da überhaupt nicht die Rede seyn; es ist das Werk der Usurpatoren, alle Momente des Gemeinwesens staatlich centralisirt und so eine wahre Staatssouveränetät geschaffen zu haben. Diese Schöpfung war das Größere, kleiner das Ereigniß, wodurch die Souveränetät sich endgültig im Volke fixirte; in späteren Zeiten haben Patricier und Plebejer gleicher Weise Servius Tullius, den römischen Solon, als den Neugründer des Röm. Staates angesehen.

## III.

### Plebs und Urbs.

Diese zwei Worte, zwei Momente der wichtigsten Bedeutung, können wir an den Anfang der ersten Periode stellen. Ich betrachte sie als historische Correlata. Daß der römische Staat ein städtischer, das römische Recht ein Stadtrecht wird, verdankt Rom der Plebs. Dieser Umstand sollte viel mehr, als insgemein geschieht, betont werden, denn das Römerthum hat damit seine Signatur für alle Zeit empfangen. Der Uebergang vom Ländlichen zum Städtischen ist immer ein Schritt von Kulturbedeutung, wichtig in wirthschaftlicher und wichtig in politischer und privatrechtlicher Beziehung. Das Gütersystem ist ein völlig anderes auf dem Lande, im Dienste agrarischer Sitten und Interessen, und ein anderes innerhalb der Mauern einer Stadt im Interesse engstens auf einander angewiesener Nachbarn. Varro [2] sagt: *Divina natura dedit agros, ars humana aedificavit urbes.* In der Stadt beginnt menschliche Kunst und Planmäßigkeit und emancipirt sich das Leben von den Banden der archaischen Sitte und Ueberlieferung. Diese Entwickelung hebt mit Ancus Martius an, und dessen Hauptthat ist die Ansammlung einer Plebs. Damit ist der entscheidende Schritt zur Umbildung des ältesten Rom geschehen, das eine *Arx* war und nun zur *Urbs* wird. Allzusehr tritt in der Tradition Ancus zurück, weil die Tarquinische Dynastie seinen Stern erbleichen machte; er verdient, an der Spitze der zweiten Königsreihe zu stehen. Nun wird Rom

---

1) Schwegler I. S. 679—699. 780. Mommsen I. S. 98. 248. Lange I. § 56—58. Preller Röm. Mythol. S. 20. 127. — 2) *de R. R.* III, 1, 4.

wirklich die Seele und der Mittelpunkt des jungen Staats, und dieser Staat bewahrt sich seitdem die unbedingteste Centralität in allen Lagen und Richtungen und Augenblicken des Lebens. Nie ist vorher und nachher eine solche Mannichfaltigkeit, wie die Mittelmeerwelt, von einem solchen Localpunkt aus, wie die einzige und einzigartige Stadt Rom, beseelt und beherrscht worden, und das römische Recht verräth bis an die äußerste Peripherie seines Systems die gleiche centrale Straffheit, Gedrungenheit und Disciplin.

Der ganze Ständekampf der Patricier und Plebejer setzt eine in der Hauptstadt angesammelte Bevölkerung voraus, welche da Bedürfnisse und Nothstände und Wünsche in sich erzeugt, wie sie nie in agrarischen Zuständen entstehen können. Wie aber hat sich denn in Rom so rasch ein so städtisches Wesen und Treiben im eminenten Sinne entwickeln können, und auf welchem Wege ist die Plebs erwachsen? Wohl mögen die Brennpunktlage der Stadt und die Politik der usurpatorischen Regenten dazu zusammengewirkt haben.

Ueber den Ursprung der Plebs (πλῆθος, im Gegensatz zum ursprünglichen *populus*, δῆμος) herrscht seit Niebuhr lebhafter Streit. Der entschiedenste Verfechter der Ansicht, nach welcher Clienten und Plebejer identisch sind, ist Ihne[1], indem er sich namentlich auf Dion. II, 9. 10. gründet; bestimmter scheint diese Ansicht durch Liv. 6, 18, Fest. *s. v. patrocinia* und Plut. Rom. 13. gestützt zu werden; s. aber dagegen Schwegler[2] und Lange[3]. An die Stelle jener Ansicht hat Mommsen[4] die Hypothese gesetzt, daß die Plebs aus der Clientenbevölkerung hervorgegangen sei; wenn freilich derselbe dabei Einwanderungen solcher, welche sich von vorn herein nicht in die Clientel von Privaten (Gentilen), sondern des Regenten begaben, als einflußreich denkt, so nähert er sich der vorherrschenden Ansicht, wonach Clienten und Plebejer zwei eigene Bevölkerungselemente und verschiedene Ausgangspunkte socialpolitischer Gestaltung waren, deren Zusammentreffen in Eine Linie erst weit später erfolgte. Clientenschaft eines Regenten als solchen wäre nicht Clientel, sondern eine ganz neue, revolutionäre Einrichtung gewesen; wenn sie eine Realität war, so gehörte sie jedenfalls in den Kreis der Einrichtungen, welche an der Umgestaltung des Königthums in Tyrannis ihren Mittelpunkt hatten, und sie muß, nicht bloß beiläufig, sondern wesentlich an dem Ereigniß einer außergewöhnlichen und umfassenden Volksreception angeknüpft haben.

## IV.

## Die Servianische Reform.

A. Alle Traditionen stimmen darin überein, daß der vorletzte Regent mit besonders kühner und geschickter Hand in das einer Reform bedürftige Staatswesen eingegriffen hat. Auf welchem Wege dies geschehen sei, ist zweifelhaft. Servius mag die Gesetzgebung des Solon mit ihrem Vierclassensystem[5] vor Augen gehabt haben; aber wie gestaltete sich auf römischem Boden und im römischen Rahmen dieser Griff? Vielleicht läßt sich ein Fingerzeig darin erkennen, daß Servius ohne legitime Wahl zu regieren beginnt, eine Zeit lang sich im thatsächlichen Besitz der Regentschaft befindet, und

1) Forschungen auf dem Gebiete der Röm. Verfass.-Gesch. (1847) S. 18 ff.
2) I. S. 628. 643. — 3) I. § 45. 55. — 4) Röm. Gesch. I. S. 62. 88. 91.
5) s. Lange I. § 58. 61.

dann erst mit Gesetzesanträgen an die Comitien geht. Hierin stimmen die (im Einzelnen auseinandergehenden) Berichte des Cicero, Livius und Dionysius überein[1]; Livius (1, 46) denkt sich den Rechtstitel wie eine Usucapion. Was konnte also den (thatsächlich) anerkannten Regenten noch veranlassen, das Curiatgesetz zu rogiren, wenn nicht die Absicht, eine Reform des Staatswesens vorzunehmen? Nicht sowohl um seine Regentschaft nachträglich zu legalisiren, sondern das Curiatgesetz umzugestalten, wendete sich der Regent an die Comitien.

Ohne Zweifel entsprang die Servianische Verfassung nicht als vollendeter Plan einer plutokratischen Staatsverfassung dem Kopfe des ersten Gesetzgebers, vielmehr sind spätere Entwicklungen auf dem Grunde der Servianischen Einrichtungen anachronistisch auf Servius Tullius selbst bezogen worden, wie denn bei der Vertreibung der Tarquinier diese Einrichtungen wieder hergestellt, zugleich aber auch fortgebildet wurden. Mommsen (I. S. 96.) sagt, augenscheinlich sei die ganze Institution von Haus aus militärischer Natur und ihre Verwendung zu politischen Zwecken eine spätere Neuerung: er stimmt darin mit Schwegler (I. S. 752 ff.) überein; wahrscheinlich ist auch in der Anordnung des Servius Tullius, für Angriffskriege in den Centuriatcomitien, statt wie früher in den Curiatcomitien, den *jussus populi* (*lex de bello indicendo*) einzuholen, der Keim der legislativen Competenz jener Comitien enthalten[2]; bewaffnet und in militärischer Ordnung versammelte sich das nach Centurien berufne Volk[3], *classis* bedeutete das aufgebotne Heer, *centuria* eine militärische Abtheilung von 100 Mann, und die *comitia centuriata* wurden oft schlechthin als *exercitus* (*urbanus*) bezeichnet[4]. Die 5 Classen waren Waffengattungen und Heeresabtheilungen. Die Bürger der ersten Classe, die Schwergerüsteten im Heer (*principes, proci, classici*), bildeten die 4 vordersten, diejenigen der zweiten, dritten und vierten Classe (*triarii*) die 3 folgenden Glieder der Phalanx, und alle zusammen hießen *hastati* im Gegensatz der nicht mehr zur Phalanx gerechneten Bürger der fünften Classe, (*accensi velati* oder *adscripticii*). So Lange I. § 59 z. E. u. § 64, mehrfach abweichend von Mommsen (I. S. 94), sowie von Em. Hoffmann[5], welcher unter den *accensi velati* eine besondere aus *dediticii* gebildete Centurie versteht. Als Dienstleute des Heers standen außerhalb der Classen die Zimmerleute und Schmiede (*fabri tignarii* und *aerarii*), sowie die Hornbläser und Trompeter (*cornicines* und *tubicines*); sie sollen nach Livius (1, 43) mit der ersten und fünften, nach Dionysius (1, 17) mit der zweiten und vierten Classe gestimmt haben; übrigens hatten sie mit den *equites*, welche mit der ersten Classe stimmten, das gemein, daß sie nur aus *juniores* bestanden[6].

Die Servianische Verfassung also war eine Heeresordnung, aber es lag nahe, sie zur Censusverfassung zu gestalten, da die kostspieligere Rüstung durch ein größeres Vermögen bedingt war; die Classeneintheilung ruhte daher auf einer Vermögensabstufung, und zwar wird von den neuesten Forschern übereinstimmend angenommen, daß jene Eintheilung in Gemäßheit der damals herrschenden Bedeutung des Grundbesitzthums eine Eintheilung der Ansässigen oder Begüterten (*assidui, locupletes*) war[7]. Ausgenommen blieben nur die Armen (*capite censi, proletarii:* Liv. 1, 43), aus denen, aber wohl erst später

---

1) s. Schwegler I. S. 721 ff. — 2) Lange II. § 128.
3) Dion. 4, 84; 7, 59. Marquardt II, 3. S. 89.
4) Liv. 39, 15. Gell. 15, 27. Varro de L. L. 6, 93. Lange I. § 59. z. A. § 66 S. 560.
5) i. d. Zeitschr. f. österr. Gymn. 1866. S. 589—594.
6) Lange I. § 60. — 7) Lange I. § 61.

(etwa i. J. 449)[1] eine eigne letzte Centurie formirt ward, und die Schutzgenossen (*aerarii, municipes*). Diese Fundirung des neuen Systems auf das Vermögen birgt ein völlig neues Princip. Vorher war das Anrecht auf Grundbesitz schlechthin von der Geschlechtsgenossenschaft (und Staatsangehörigkeit), jetzt die staatsrechtliche Stellung vom Grundbesitz abhängig; der Schwerpunkt der Verfassung ward somit aus der Gentilität in die Ansässigkeit verlegt und dadurch der Familienstaat gewissermaßen in einen Territorialstaat umgewandelt.

B. Die traditionellen Censussummen sind erwiesnermaßen[2] nicht die ursprünglichen Ansätze der Servianischen Verfassung, sondern die (in Folge späterer Münzreductionen erhöhten) Censussätze des Sextantarfußes, wonach 1 Sextantaras gerade $^1/_5$ des Libralasses betrug; sie müssen daher auf den fünften Theil herabgesetzt werden, um die ursprünglichen Ansätze herzustellen. Nach der übereinstimmenden Annahme von Huschke (S. 112 ff. 164.) und Mommsen (Röm. Tribus S. 111 ff.) entsprach, da das *Jugerum* nach dem Sextantarfuß zu 5000 Assen gerechnet wurde, der Census der 1. Cl. einem Grundbesitz von 20 Jugern (Jucherten oder preußischen Morgen, deren 494 gleich 500 *jugera* sind[3]), derjenige der 5. Cl. einem Grundbesitz von 2 Jugern, also dem alten *heredium*, dem damals kleinstmöglichen Grundbesitz; wer kein *heredium* hatte, konnte nichts als sein *caput* in den Census bringen. Mommsen (I. S. 93) denkt sich das Besitzthum von 20 *jugera* als eine volle Bauernstelle und bezeichnet demnach die Bürger der 1. Classe als Vollhufner, und die 4 Reihen der kleinern Grundbesitzer als Inhaber von Dreivierteln, Hälften, Vierteln und Achteln einer Vollhufe[4].

C. Noch ist hier Vieles unaufgeklärt und Hauptsächliches problematisch. Es dürfte daher erlaubt seyn, auch nach den neueren eindringenden Forschungen und gerade auf Grund derselben auf eine frühere nunmehr sicherer zu begründende Hypothese, diejenige Niebuhr's[5], die schon von Pufendorf angedeutet, nachher auch von v. Vangerow und Göttling vertreten wurde, zurückzukommen. Daß nicht das Besitzthum des Römers ohne Ausnahme Censusvermögen war, ist freilich festzuhalten, auch von Niebuhr angenommen, und wird das Gegentheil schon dadurch widerlegt, daß die Berücksichtigung der Schulden im Census erwiesnermaßen weit spätern Datums ist. Aber anderseits spricht auch manches gegen die Annahme, daß schlechthin nur der Grund und Boden in Rechnung gezogen worden: zuerst der Umstand, daß nicht ein nacktes Grundstück, sondern das Grundstück so, wie es dem Landmann als wirthschaftliches Ganzes und Vollständiges erscheint, also mit dem zur Bebauung mitwirkenden Personal an freien und unfreien Hofgenossen, mit dem ein bestimmtes Maß Grundbesitzes fordernden und zugleich durch dasselbe geforderten Großvieh (*jumentum et armentum*) und endlich mit der etwaigen nachbarrechtlichen Wertherhöhung (*praedia qualiter se habentia*[6]): als der natürlichste Schatzungsansatz gelten mußte. Solches entspricht der patricischen Rusticalsituation. — Wir müssen aber, während Lange[7], Rein[8] u. A. bei ihrer Erklärung der *res mancipi* auf diesem Punkte verharren, noch einen Schritt weiter gehen, um nicht die mobilen *res mancipi* in die

---

1) Lange I. § 59. — 2) Bökh Metrolog. Untersuch. 1838. S. 427 ff. — 3) Mommsen I. S. 298.
4) Vergl. auch Marquardt II. 3. S. 45. und III. 2. S. 127.
5) Röm. Gesch. I. S. 475. 476.
6) *fr.* 86. *de V. S.* (50, 16). Vergl. *fr.* 22. § 1. *de instr. leg.* (33, 7): *fundo legato cum mancipiis et pecoribus et omni instrumento rustico et urbano*; *fr.* 20. § 9. *eod.*
7) I. § 34. 61. — 8) Röm. Privatr. S. 241.

untergeordnete Stellung von Pertinenzen zu drücken. Nie, so weit wir in der Röm. Geschichte zurückblicken können, hat da der Grund und Boden eine solche Rolle gespielt, wie z. B. bei den Germanen; nicht aus dem Territorium, sondern aus der Bürgerschaft ist die Röm. Staatsidee und Staatsgewalt hervorgewachsen, und das Privatrecht hat nie einen principiellen Unterschied von Liegenschaft und Fahrniß gemacht. Wäre der Grundbesitz die Basis der Bürgerstellung gewesen, so hätte sich das sicher in der Erbfolge geltend gemacht, allein keine Spur einer besonderen Erbfolge in den Grundbesitz ist wahrnehmbar. Die Liebe zum Ackerbau ging als sociale Neigung und noble Passion neben dem Staate her, der politische Trieb aber bemächtigte sich mit gleicher Energie des Mobiliars, und es lag ihm näher, zwischen gewissen Arten des Mobiliars, als zwischen Immobiliar und Mobiliar, Unterschiede zu sanctioniren. Freilich mußte dann eine Abstraction der Güterwerthe stattfinden, um Immobiliar und (relevantes) Mobiliar unter einen Generalnenner zu bringen, aber gerade das entsprach dem politischen Naturell der Römer, das von Anfang an zur Reflexion ebenso geneigt als geschickt war. Die Vermuthung liegt also nahe, daß für diese Gestaltung eben die Servianische Reform entscheidend war, denn es wäre sonst auffallend, daß die (von der neueren Forschung corrigirte) Röm. Tradition selbst so völlig das Kriterium des Grundbesitzes verloren und den Census schlechthin als abstracten Vermögenscensus vorgestellt hat. Wann und wie soll der Uebergang zu diesem, der doch späterhin wirklich war, stattgefunden haben? Alle Spuren einer principiell so wichtigen Begebenheit fehlen, und sollte es möglich seyn, daß diese so völlig verloren gingen? Ist doch die Umwandlung der Viehbußen in Geldsätze (durch die *lex Julia Papiria* 430 v. Chr.)[1] in der Tradition bewahrt worden. Erwägen wir zugleich, daß die Servian. Verfassung offenbar im Sinne plebejischer Begünstigung concipirt war, und daß der Mobiliarverkehr mit städtischem Gepräge sich in Rom gar frühzeitig entwickelte, so müssen wir annehmen, daß, was unter Plebejern als normaler Grundstock des Vermögens, als ständiges Familiengut galt, sei es Immobiliar oder Mobiliar, die Stelle des *caput* in der Heeres- und Staatsgliederung bestimmen sollte. Sollte der Regent, welcher die Patricier zum Wohnen in der Stadt nöthigte, seine neue Staatsordnung auf das landwirthschaftliche Gütersystem haben gründen wollen? Betonung des Mobiliarwerthes und Hebung der Geldwirthschaft: das hat zu allen Zeiten zur Signatur aufblühenden Stadtwesens gehört; Servius, der Erbauer der Stadtmauer und Stifter des *aes signatum*, ist auch der Schöpfer der römischen Mobiliarwirthschaft gewesen, und damit ist es unverträglich anzunehmen, daß officiell der Grundbesitz die Basis des Census gewesen sei. Auch davon wissen wir, wie gesagt, nichts, daß in der Erbfolge je die Grundstücke eine maßgebende Rolle gespielt hätten, und wenn die *sui* als *domestici* bezeichnet wurden, so weist auch das nicht auf das Ackersystem, sondern auf die Häuser in der Stadt hin, wobei gewiß nicht nach *jugera* gerechnet wurde. — Der Urheber der Servian. Ordnung hat mit der politischen Reform zugleich eine civilistische vollzogen: einen Fortschritt in der Entfaltung der juristischen Vermögenssphäre, in welche Neues, nämlich ein Theil der Thierwelt hereingezogen ward. In der Erweiterung der *familia* zum Umkreis der *res mancipi* lag grundsätzlich ausgesprochen die Emancipation des Mobiliars vom Pertinenzkarakter; derselbe schöpferische Act, welcher die Plebs,

---

1) s. Lange I. § 72. a. E.

bis dahin nur politische Pertinenz, zu einem eignen Theil und Factor des Staatsorganismus erhob, stellte auch die hervorragenderen Semoventien neben das Immobiliar in der garantirten Privatsphäre, und wie es daneben Proletarier unter den Bürgern gab, so auch proletarische Sachen, nämlich die fungiblen Massenthiere. Ist dies nun Alles richtig, so muß sicher auch angenommen werden, daß schon von Servius Tullius die Censussätze nicht oder nicht allein in Jugern, sondern in Quantitäten des *aes grave* ausgedrückt waren; seine Reform hatte mithin zugleich eine national-ökonomische Seite, und die Einführung des *signatum aes* half diesen Census ermöglichen. So kommt diese Einführung, die sonst nur als isolirte That jenes Regenten erscheint, zur Bedeutung eines Gliedes in der ganzen Reformkette, welche an diesen Namen geheftet ist. Allerdings hat diese wirthschaftliche Abstraction in so früher Zeit etwas Befremdendes, doch liegt sie, wie gesagt, keineswegs außer der Röm. Art, und wir denken uns die praktische Gestaltung auch nicht so, daß schon im Anfang das Mobiliar thatsächlich eine große Rolle gespielt hätte, vielmehr so, daß thatsächlich der Grundbesitz in vorwiegenden Betracht, das Mobiliar thatsächlich nicht oder nur selten als selbständiger Censusfactor zur Geltung kam, daß es aber principiell doch dazu kommen konnte und allmählich ohne besondere Schritte oder Sprünge der Gesetzgebung wirklich dazu gelangte nach Maßgabe der Ausbildung der Mobiliarwirthschaft. Formell also trat von Anfang an der Censussatz in Beträgen des *aes signatum* auf, und dies war der staatsrechtliche Modus, aber in der praktischen Volksanschauung stellte der Censussatz ein gewisses Maß Grundbesitz dar, und erst nach und nach löste sich auch praktisch das eine vom andern, jemehr die städtische Art zum Prototyp der gesammten Verkehrsordnung ward. Wäre die bei den Römern[1] sehr verbreitete Ansicht, daß *assiduus* von *aes dandum* herkomme, richtig, so läge darin noch eine besondere Stütze obiger Ansicht. — Eine treffende Analogie zu der eben bemerkten Entwicklung bietet das germanische Recht, wo wir finden, daß die Bußen immer in Geld angesetzt, aber immer in Viehstücken erlegt wurden: so trennten sich die Gesetzformel und das thatsächliche Leben. Es lassen sich manche Parallelen zwischen jener urgermanischen Zeit und der Zeit der Röm. Regenten ziehen; sollte nicht auch hier die eine zum Verständniß der anderen herbeigezogen werden dürfen? — Endlich ist zu berücksichtigen, daß der Wettbetrag der großen und der geringfügigen Sacramentsprocesse, d. h. über und unter einem *jugerum*, ebenso der Satz der *lex Pinaria* und der *lex Furia testamentaria*, welche ein *jugerum* als Grenze festhielten, gleichfalls in Geld ausgedrückt waren. Wir ersehen daraus, daß Formulirung in Geld schon die Sprache der älteren Gesetze war[2]; wenn aber Bußen vordem in Vieh, und erst seit der *lex Julia Papiria* in Geld formulirt wurden, so kann dies darin begründet gewesen seyn, daß diese Bußensätze aus der ältesten Vorzeit, wo es noch überhaupt kein Geld gab, herrührten.

Es ist gewiß, daß der Begriff der *res mancipi* eine selbständige sachliche Begründung haben mußte, und wir uns nicht mit dem Satze begnügen können, *res mancipi* seien die mancipirbaren Objekte gewesen. Wir werden mit Nothwendigkeit zu der Frage gedrängt: warum war eben ein beschränkter Kreis von bestimmten Objekten der *mancipatio* empfänglich? Jener Satz würde schon deshalb ungenügend seyn, weil er nicht ganz zutreffend ist, denn die *hereditas* (*familia* als Vermögensganzes) war mancipirbar, und wurde doch nicht

1) *Cic. Topic.* 2; *de republ.* 2, 22. *Gell.* 16, 10; *Paul. Excerpt. v. assiduus.*
2) Vergl. auch unten S. 95. No. 7.

unter den *res mancipi* aufgeführt. Etwa weil sie nicht eine *res corporalis* war? nein, denn aus demselben Grunde hätten die Rusticalservituten ausgeschlossen bleiben müssen. Gehen wir nun von dem oben durchgeführten Gesichtspunkte aus, so erklärt sich jener Umstand einfach: die Rusticalservituten dienten zur berechenbaren Werthserhöhung der Grundstücke, eine Erbschaft aber konnte nicht als selbständiger Bestandtheil des zu überschlagenden Bürgervermögens in Betracht kommen.

Sodann ist zu berücksichtigen, daß die *mancipatio* ihrer Uranlage nach offenbar mehr auf Mobiliar als Immobiliar berechnet erscheint[1], denn bei letzterem läßt sich nur uneigentlich von *manu capere* reden, auch sehen wir, wie rücksichtlich desselben die Mancipation zu einem künstlichen Act umgebildet wurde (*mancipatio absentis praedii* und Collectivmancipation). So trug die *mancipatio* von vornherein die Signatur des Mobiliars; ist aber ein innerer Zusammenhang der *mancipatio* mit der Urbedeutung der *res mancipi* und der *res mancipi* mit der Classenordnung wahrscheinlich, so ist anzunehmen, daß die letztere nicht schlechthin auf den Grundbesitz gegründet war, sondern wahrscheinlich von vornherein ein mobiles Gepräge hatte.

Außerdem sind folgende Punkte in Erwägung zu ziehen: 1) Wenn nicht der Grundbesitz schlechthin, sondern der Bereich der *res mancipi* die Grundlage des Censusvermögens (*familia*) bildete, so konnte die Annäherung an den abstracten Vermögensmaßstab leicht geschehen: der Uebergang vom Immobiliar zum Mobiliar ist ein Sprung, von gewissem Mobiliar zu weiterem Mobiliar ein Schritt, ein solcher Fortschritt aber und auch seine nachherige Verwischung in der geschichtlichen Erinnerung wäre ungleich leichter erklärlich. 2) Für die alte Unterscheidung der *res mancipi* und *nec mancipi* und für die gleich alte Zusammenstellung von *familia pecuniaque* (Censusformel bei *Cic. de leg. 3, 3: „familias pecuniasque censento"*; Testirformel bei *Cic. de inv. 2, 50: „super familia pecuniave"*[2] ist eine klare und breite Grundlage gefunden. 3) Vielleicht aber fällt von da auch ein Streiflicht auf das *tributum*, dieses gleichfalls wichtige Servianische Reformmoment. Lange[3] denkt sich die Kriegssteuer als eine Zwangsanleihe, welche nach glücklicher Beendigung des Kriegs aus dessen Ertrag (Beute-Contribution) den Bürgern zurückerstattet ward. Nun, zu welch anderen Zwecken, als zur Verpflegung der Legion wäre damals ein Aufwand erforderlich gewesen? Depots an Consumtibilien waren Bedürfniß, diese mußten die Bürger steuern, sie lieferten sie aus ihren Vorräthen an *res nec mancipi*, und wurden demgemäß aus derjenigen Beute entschädigt, welche die Natur der *pecunia* trug; was die Natur der *familia* hatte, fiel zunächst dem Staate zu. So decken sich *pecunia, res nec mancipi* und *tributum*. 4) Denken wir uns, daß die Patricier die Nutznießer des öffentlichen Weidelandes waren, während die Plebejer auf ihr größeres oder kleineres Privatgut bez. geringen Viehstand zum Handgebrauch beschränkt blieben: so ergiebt sich, daß die *res nec mancipi* bei letzteren überhaupt nur eine geringe Rolle spielen und ein Ueberfluß an ihnen (*peculium, pecunia*) nur bei den Patriciern Regel seyn konnte. An dieser Constellation ist anzuknüpfen, um in der Geschichte des *nexum* die Gläubigerstellung der Patricier gegenüber der Schuldnerlage der Plebs zu erklären.

Was gegen die Verknüpfung der *res mancipi* mit der Servianischen Ver-

1) *Vat. fragm.* 19, 6.
2) *Gai.* 2, 104; *Gell.* 1, 9 (*quod quisque familiae pecuniaeque habebat*); 16, 10.
3) Alterth. I. § 65 z. A.

fassung (von Danz[1] u. A.) eingewandt worden ist, wird von selbst durch die Resultate der neueren Forschung hinfällig, wonach nicht das abstracte Vermögen schlechthin die Grundlage des Census gebildet haben kann. Scheinbar am weitesten nun entfernt sich von obiger Ansicht die von Manhayn aufgestellte und weiter von Danz verfochtene, bez. modificirte Ansicht, daß die *res mancipi* solche Kriegsbeute waren, welche zunächst dem Staat zufiel und nur durch dessen Hand in Privateigenthum übergehen konnte, — und dennoch vereinigen sich beide Ansichten auf's Einfachste: denn wenn *res mancipi* den Bestand des censirbaren und die politische Stellung der Bürger bestimmenden Vermögens bildeten, so war es selbstverständlich, daß Sachen dieser Art, die erbeutet wurden, zuvörderst vom Staate selbst in die Hand genommen wurden, um ihre Vertheilung publicistisch zu regeln und bez. dem Staatsschatze aus ihrer Versilberung neue Fonds zu verschaffen: vielleicht erklärt sich so auch am einfachsten, wie der Ausdruck *manubiae* (*manus, res mancipi!*) die Bedeutung des Erlöses aus der Staatsbeute erlangen konnte. *Res nec mancipi* (Kleinvieh und Fourage, Waffen und Gepäck und Erz) konnten von den einzelnen *milites* als unmittelbarer Lohn ihrer Tapferkeit davongetragen, getrieben werden[2]. Privat- und Staatsrecht in gleicher Weise verhielt sich indifferent zu diesen Sachen. Je mehr die Servian. Verfassung ihren Schwerpunkt im Militärischen hatte, um so näher mußten die zwei genannten Gesichtspunkte, Censusvermögen und Staatsbeute, aneinander rücken, und mithin sind obige zwei Ansichten, richtig gefaßt, so weit entfernt sich zu widerstreiten, daß sie sich vielmehr gegenseitig unterstützen, ergänzen und fordern. Die zweite Ansicht ist eine Consequenz der ersten, und diese drängt zu jener, wenn es wahr ist, daß die Servian. Verfassung eine Heeres- und Kriegsordnung war; die erste Ansicht aber bildet die Grundlage der zweiten, und ohne jene bliebe unerklärlich, daß auch Rusticalservituten, die doch nicht Gegenstand der Erbeutung seyn konnten, und daß nicht auch Kriegsgeräth und Herdenvieh, das doch vorzugsweise erbeutet werden mochte, zu den *res mancipi* gerechnet wurden. —

D. Daß die Patricier in den Centuriatcomitien das entschiedene Uebergewicht hatten, ist zufolge der Angaben des Dionysius die herrschende Ansicht; auch Lange[3] hält dieselbe noch fest gegenüber Schwegler[4], welcher annimmt, daß der größte Theil der Patricier den Rittercenturien angehörte, überhaupt die Patricier an Censusvermögen (Grundeigenthum im Unterschied von Possessionen und Capitalien) der Plebs weit nachstanden, daß sie daher nur mittels des *imperium consulare,* der *auctoritas senatus,* des Bestätigungsrechts der Curien und der Stimmen ihrer Clienten die Centuriatcomitien in der Gewalt hatten. Auch rücksichtlich der Curiatcomitien ist noch nicht Alles klar: nach der gemeinen Ansicht ist das Stimmrecht in den Curien zu allen Zeiten ein Vorrecht der Patricier geblieben[5], wogegen Mommsen[6] annimmt, Patricier und Plebejer hätten in den Curiatcomitien der Republik eben wie in den Centuriatcomitien gemeinschaftlich gestimmt, es sei also für beide Versammlungen das Stimmrecht wesentlich dasselbe, und nur die Eintheilung und Gliederung der Stimmberechtigten verschieden gewesen.

E. Die Servianische Tribuseintheilung war eine Eintheilung des Territoriums in räumliche Bezirke, also im Unterschied von den altpatricischen

1) Vergl. den Exc. zu Kap. XIX. (über *res mancipi*).
2) Vergl. das *foedus Latinum: „Pecuniam quis nancitor, habeto!“* Dazu Schwegler II. S. 312. 313. — 3) I. § 58. 61. 68. 70. — 4) II. S. 21. 154. 633 ff.
5) Schwegler II. S. 153., dagegen Huschke S. 84. — 6) Röm. Forschungen S. 144 ff.

auf sacraler Stammbürtigkeit ruhenden Tribus eine rein äußerliche und rein weltliche oder administrative Bodeneintheilung[1]; nur sofern schon die alte Tribusgliederung zugleich den Karakter städtischer Districte angenommen hatte, mag sich an sie die neue Eintheilung äußerlich angeschlossen haben[2]. Man hat dieselbe irrthümlich für eine Eintheilung bloß der Stadt selbst gehalten[3], weil infolge späterer Veränderung die Namen der 4 Servianischen Tribus auf die 4 Stadtquartiere beschränkt wurden; wahrscheinlich gehörten vielmehr zu jeder Tribus außer den betreffenden Hügeln der Stadt auch mehrere *Regiones* des *Ager Romanus*[4]. Der Unterschied der *tribus urbanae* und *rusticae* entstand erst später, als im J. 494, zufolge der *secessio plebis* die Zahl der Tribus auf 21 erhöht ward, um für die bewilligten *concilia plebis* eine größere Anzahl von Stimmkörpern zu erzielen[5]. Mit diesem Ereigniß ging die administrative Bedeutung der Tribus in eine politische über.

## V.

## Der Uebergang zur Republik.

### Diktatur und Volkstribunat.

A. Wie es ein Fehler in der gewöhnlichen Vorstellung vom ältesten Rom ist, daß man sich das *Regnum* als eine Monarchie im modernen Styl denkt, so auch, daß man sich den Uebergang zur Republik als eine Staatsumwälzung im vollen Sinne denkt. Es gab der Fäden genug, welche aus dem regalen Rom in das consulare Rom herüberführten, und es war nie römische Art, in Sprüngen und ohne Vermittelungsglieder sich vorwärts zu bewegen. So ward denn mit der Vertreibung der Tarquinier nicht die Regentschaft, sondern nur ihre monokratische und lebenslängliche Form abgeschafft, und manche Züge der Tradition deuten darauf hin, daß Anklänge an die consularische Gestaltung bereits vor der Einsetzung des Consulats vorgekommen sind und diese vorbereitet haben.

1) Vor Allem ist zu erwähnen, daß die Bürgerschaft ihr legitimes Mittel besaß, sich auch ohne *Rex* zu helfen, wie die — so scheint es — sorgfältige Bestimmung über das *Interregnum* und namentlich auch die Erzählung beweist, daß nach dem Ableben des Romulus der Senat, also wohl die Mehrheit der Familienhäupter, sich mit dem Gedanken getragen habe, an die Stelle lebenslänglicher Regenten kurzperiodische treten zu lassen[6]. Auch wurde von Servius erzählt, daß er in demokratisirender Tendenz damit umgegangen sei, die Regentenherrschaft niederzulegen, doch wohl, um einen periodischen Magistratswechsel einzuführen[7] — worauf man sich später berief.

2) Noch häufiger findet sich in manchen Zügen der Tradition der Gedanke der Doppelregentschaft schon für die Zeit des *Regnum* angedeutet: so in dem Gründerpaar Romulus und Remus, in dem Regentenpaar Romulus und Tatius, in der getheilten Function des *Tribunus Celerum* und *Praefectus Urbis* und deren Cooperation bei der Vertreibung der Tarquinier[8], endlich in der Erzählung, daß die beiden älteren Söhne des Tarquinius Superbus den Gedanken einer gemeinschaftlichen Führung der Regentschaft gehegt hätten[9].

---

1) Mommsen Röm. Tribus S. 14 ff. — 2) Schwegler I. S. 736.
3) so noch Walter Gesch. d. R. R. I. § 28. — 4) Liv. 1, 43. Dion. 4, 14.
5) Lange I. § 62. 63 z. A., in Uebereinstimmung mit Huschke und Mommsen. Vergl Schwegler I. S. 737. — 6) *Cic. de republ.* 2, 12. — 7) Liv. 1, 48.
8) Bemerkenswerth scheint mir, dass nach der Tradition Beide ihren Antheil an der Initiative zu der Umgestaltung haben: Brutus der Tribun, indem er den Exilirungsbeschluss — Lucretius der Präfect, indem er die Consulnwahl beantragte. Liv. 1, 59. 60. Livius geht in dieser Erzählung sogar so weit, dass er den Brutus Magistrat und die von ihm geübte und an den Lucretius überlassene Gewalt *imperium* nennt. Man denke ferner an die 2 *quaestores paricidii*, *duoviri perduellionis* und *duoviri sacrorum!* — 9) Dion. 4, 69. Abweichend freilich Liv. 1, 56.

Letzteres hätte den Ansatz zu einem Doppelkönigthum gegeben, ähnlich dem Spartanischen, und warum sollte nicht die Kenntniß dieser dorischen Institution unter dem Gesammtdrucke hellenischer Einflüsse bei den Tarquiniern Experimente dieser Art hervorgerufen haben?

Wir sehen hieraus, daß durch die Zeit des *Regnum* von Anfang bis zu Ende ein Zug in der Richtung geht, welche dann nach Vertreibung der *gens Tarquinia* bestimmte und dauernde Gestalt gewann. Und diesen Vorklängen entsprechen Nachklänge in der republikanischen Zeit: zunächst die Angabe, daß das erste Consulnpaar in Gemäßheit eines von Servius Tullius entworfenen Planes[1] erwählt worden sei, sodann die höchst eigenthümliche Einrichtung der republikanischen Dictatur, denn der *dictator* mit seinem *magister equitum* war im Grunde der abgeschaffte, aber im Nothstand auf kurze Zeit wiederbelebte *Rex* mit seinem *Tribunus Celerum* und ein Bekenntniß des römischen Staatssinns, daß die neue Magistratur mit decentralisirter *potestas* (*duo consules*) und mit geschwächtem *imperium* (Exemtion der Stadt und Provocation an die Bürgerschaft) nicht für alle Fälle des Staatslebens ausreichend sei und an rettender Spannkraft hinter dem *Regnum* zurückstehe.

Wie innerlich der Gedanke der Staatskontinuität von den Römern erfaßt wurde, läßt sich daraus erkennen, daß sie dem neuen Doppelmagistrat eine so intensiv solidarische Stellung anwiesen. Hier liegt ein ganz besonderer Staatsgedanke vor: es sollen zwei Regenten statt Eines seyn, jedem die ganze Machtfülle, wie sie dem ehemaligen *Rex* zustand, zustehen, die Macht also ganz und ungetheilt bleiben, und nur das ist das Neue, daß diese eine und ungetheilte *potestas* (*regia*) zwei Organe hat, die also einander völlig gleich stehen, deren jedes wie ein *Rex* handelt und nur eine Schranke im gleichen Recht des Collegen, das sich als Veto äußern kann, findet. Wir treffen sonst im ganzen Recht der Römer kein Seitenstück zu dieser inventiösen Configuration, als nur die *contutela* im Privatrecht; weder das *condominium*, noch die Correalobligation[2], noch die *potestas condominorum servi* kann hier nebengestellt werden.

Wie hier die Gewalteinheit fortlebt, so wird auch an einem zweiten wichtigen Punkte die Kontinuität des Gedankens beobachtet worden seyn: in dem Wahlprincip, welches gleichfalls aus dem alten *Regnum* herübergenommen wurde, wie ja die einstimmige Tradition besagt. Ich kann daher der Hypothese Mommsens[3] nicht beistimmen, wonach die Volkswahl dem alten Königthum fremd gewesen, und vielleicht ein erbliches Königthum oder auch ein Königthum mit freier Ernennung des Nachfolgers durch den Vormann anzunehmen sei. Wir entfernen uns mit dieser Hypothese vollständig von der römischen Tradition, erweitern die Kluft zwischen dem regalen und consularen Rom und verstoßen gegen den Kontinuitätssinn der Römer. Allerdings geht ein Zug nach Erblichmachung der Regentschaft durch die zweite Hälfte der Königszeit, aber unverkennbar als eine Anomalie[4], an welcher schließlich das *Regnum* untergeht; was sein Untergang ist, kann ihm nicht von Anfang eigenthümlich gewesen seyn. Es mag dabei zugegeben werden, daß die juristisch freie Volkswahl nicht selten faktisch bestimmt oder beeinflußt wurde durch die Wünsche, Vorschläge oder Intriguen des Vorgängers,

1) *ex commentariis Servii Tullii: Liv.* 1, 60. — 2) Unrichtig Mommsen Röm. Staatsrecht I. (*ed.* 2.) S. 29. Anm. 6., denn den *correi* fehlt das Veto. — 3) Staatsr. II. 1. (*ed.* 2.) S. 8.

4) Dieselbe tritt auch in der Erzählung zu Tage, dass Servius Tullius das *Regnum* usucapirt habe (Liv. 1, 46); offenbar der Gedanke einer *usucapio hereditatis*. Servius hatte zugegriffen und war den eigentlichen Erben zuvorgekommen. Warum nicht dieselbe *lucrativa usucapio* im *jus publicum*, wie im *jus privatum?* Vergl. Gai. 2, 54.

wie wir das ja unter den Kaisern Rom's und dann wieder unter den römischen Kaisern deutscher Nation sehen: aber Factum und Recht ist zweierlei. — Uebrigens ließe sich das von der Dictatur hergenommene Argument leicht ins Gegentheil kehren, wenn man eine Hypothese Niebuhr's wieder aufnähme: daß nämlich der Dictator in ältester Zeit von den Curien gewählt worden[1]; damit wäre das Wahlprincip für das *Regnum* erhärtet.

B. Neben den Reformen des Valerius Poplicola, welche das consulare Imperium beschränkten, steht als ein gleichfalls der ersten Zeit der Republik angehöriges Ereigniß die Einführung des *extraordinarium auxilium* der Dictatur, das man ein Nothkönigthum auf Zeit genannt hat. Ueber dem Ursprung dieser originellen Spitze des Staatsbaues liegt tiefes Dunkel, welches u. A. auch einer von Ihne[2], angeregten und von Schwegler[3] weiter gesponnenen Hypothese Raum läßt: nach derselben ward der Uebergang des *Regnum* in die Consulatverfassung vermittelt durch die Verfassungsform der Dictatur, gleichwie in anderen Städten Latium's; nur auf den Dictator und zwar als ständigen Magistrat könne jene von Livius (7, 3) erwähnte *lex vetusta: ut qui praetor maximus sit, Idibus Septembribus clavum pangat,* bezogen werden. Gut würde dazu die oben berührte Niebuhr'sche Hypothese stimmen.

Doch es hat sehr viel Bedenkliches, das *extraordinarium auxilium* der Dictatur als Rest eines regelmäßigen Verfassungstypus anzusehen; die Dictatur war ein Gegengift gegen die in dem Volkstribunat gesetzte Abnormität. Die Dictatur und das Volkstribunat sind die beiden Hauptfiguren in dem erregten Schachspiel der beiden Parteien der Bürgerschaft: sie bedingen sich in der großen politischen Constellation innerhalb Rom's gewissermaßen gegenseitig.

C. In dem Volkstribunat ist das Experiment gemacht, die negative Seite der *potestas,* das Intercessionsrecht, zu einem selbständigen Amt im Staat zu gestalten. Von der bloßen Negative kann Niemand leben, darum entstand alsbald der Ansatz positiver Elemente im Volkstribunat und die Gefahr, daß ein Punkt außerhalb des geordneten Staats zu Stande komme, von welchem aus mit Archimedischer Sicherheit die ganze Staatswelt aus ihren Angeln gehoben werden konnte, um neu eingerenkt zu werden. Aber eben darum bedurfte der junge Staat eines energischen Correctivs, wie die Dictatur es bot: eine Abnormität, welche die andere Abnormität überbot; gegenüber der Vereitelung einzelner Akte durch den Tribun die Suspendirung der ganzen Verfassung (sammt dem Tribunat) durch den Senat. Ohne die Dictatur wäre der Staat zu Grunde gegangen an dem Volkstribunat, wie denn um Jahrhunderte später in der That das Principat sich hauptsächlich mit aus den Elementen des Volkstribunats (*potestas tribunicia*) aufbaute und auf diesem Wege der Verfall der Republik von Statten ging. —

Die Stellung von *magistratus* (mit *potestas*) ward anfangs den Tribunen und ihren Aedilen bestritten, allein nach und nach errangen sich dieselben das *jus* der *mulctae dictio,* das *jus concionis* und *edicendi*[4], und mit dem Publilischen Gesetz, welches die *concilia plebis* zu *comitia* erhob, war die Anerkennung jener Volksbeamten als *magistratus populi Romani* ausgesprochen, denn *creatio* konnte nur in Comitien geschehen, und *comitia* und *magistratus*

1) s. Schwegler II. S. 124.
2) Forsch. a. d. Gebiete d. Röm. Verfassungsgeschichte (1847) S. 42 ff.
3) II. S. 92 ff. 131. — 4) Becker Alterth. II. 2. S. 296.

waren zusammengehörige Begriffe[1]. Die Patricier waren gegenüber dem mächtigen *Imperium* durch ihr *fas*, ihre Familienverbindungen und die Autorität des Senats geschützt; die Plebs war dem *Imperium* preisgegeben: im tribunicischen *auxilium* sollte dieser nun ein Ersatz gewährt seyn, und in der *sacrosanctitas* der Tribunen ward ein dem *fas* analoger Boden für die neue Institution geschaffen.

## XVIII. Kapitel.

### II. Die Rechtsquellen.

Zu § 77–79.)

### I.

### Die *leges regiae.*

A. Dionysius (3, 36) erzählt[2]: Numa habe eine Anzahl Opfervorschriften aufgezeichnet und den Pontifices übergeben, welche dann von Ancus auf Holztafeln eingetragen und auf dem Forum aufgestellt worden seien[3]; da diese Tafeln der Zerstörung unterworfen gewesen, habe ein *Pontifex Maximus,* Namens Gaius Papirius die Vorschriften — und zwar nach Vertreibung der Könige — abschriftlich zusammengestellt[4] und dem Volke von Neuem zugänglich gemacht: wohl dieselben Vorschriften, von welchen Livius (6, 1) sagt, daß sie bis zum gallischen Brande (390 v. Chr.) öffentlich gewesen, nachher zum Amtsgeheimniß geworden seien.

Daneben berichten römische Juristen von einem *jus Papirianum.* Paulus[5] weiß von einem Buche des Granius Flaccus (des Zeitgenossen Cäsar's) *de Jure Papiriano;* Pomponius[6] erzählt, ein Sextus[7] (oder *Publius*) Papirius, angesehener Rechtskundiger zur Zeit des Tarquinius Superbus, habe ein Werk gefertigt, in welchem alle *leges regiae* enthalten wären, und dieses Werk werde *jus civile Papirianum* genannt. Auch sonst wird das *jus Papirianum* und eine *lex Papyria* erwähnt[8].

Daß dieses *Jus Papirianum* identisch sei mit jener Sammlung von Opfervorschriften, ist die gewöhnliche Annahme, von Voigt (S. 672. 678) jedoch bestritten. Derselbe nimmt an, Papirius sei der erste *Pontifex Maximus* nach Vertreibung der Tarquinier gewesen und habe dem durch die Verfassungsveränderung wachgerufenen Bedürfniß „einer umfassenden Amtsinstruction für die neu eingesetzte geistliche Oberbehörde“ dadurch entsprochen, daß er — und zwar neben der Sammlung des G. Papirius — ein aus 6 Büchern bestehendes großes Sammelwerk abfaßte; in diesem seien die der Aufsicht des Oberpontificats unterfallenden Cultushandlungen und Rechtsakte, wie die mit Cultus oder Religion in Beziehung stehenden Rechtsgesetze gesichtet und gruppirt worden. — Uebrigens vermuthet Voigt (S. 680), daß der wirkliche Vorname dieses Papirius Manius gewesen sei, weil Dionysius (5, 1) einen Manius Papirius als ersten *rex sacrorum* bezeichnet und darunter wahrscheinlich den

---

1) Patschnik, Zeitschr. f. d. österr. Gymnasien, 1863: S. 627 ff. 1866: S. 161 ff. Dazu Ihne im Rhein. Mus. 1866. S. 170.

2) nach den Annalen des Valerius Antias? Voigt, die *leges regiae*, S. 776.

3) Dazu *Liv.* 1, 32. — 4) Vergl. *Licinius Macer, A.* 447. — 5) in *fr.* 10. *de V. S.*

6) *fr.* 2. § 2. 7. 36. *de O. J.* (1, 2).

7) Andere, namentlich auch Voigt (S. 672), lesen vielmehr: *in libro sexto Papirii;* Voigt (S. 678) nimmt ein in sechs Bücher zerfallendes Werk an. Für diese Lesart spricht allerdings, abgesehen von den Codices, der Umstand, dass Pomponius an zweiter Stelle dem Papirius das Pränomen Publius gibt; indess ist sonst nirgends von sechs Büchern des Papirius die Rede.

8) *Macrob. Sat. III*, 11, 5; *Serv. in Aen. XII*, 836.

ersten Pontifex Maximus gemeint habe, dessen Amtsnachfolger möglicher Weise eben jener G. Papirius gewesen sei, von welchem oben die Rede war. Im letzten Jahrhundert der Republik zeigt sich eine ungewöhnliche Regsamkeit in der theologisch-sacralrechtlichen Literatur der Römer, wie die Werke des Fabius Pictor, Varro, Nigidius Figulus, Servius Sulpicius, Trebatius Testa, Valerius Messala, L. Julius Caesar, Antistius Labeo, Atejus Capito u. A. über *jus pontificium, res divinae, religiones*, Auspicienwesen und *jus sacrificiorum* beweisen; mit Vorliebe wendete sich erklärlichermaßen die aus der Pontificatdisciplin herauswachsende junge Jurisprudenz zunächst diesen traditionellen Stoffen zu. In diesen Umkreis gehörte auch der genannte Commentar des A. Granius Flaccus über das *jus Papirianum*[1].

B. Dirksen (S. 234 ff.) erkennt 21 *leges regiae* an. Von diesen will Voigt (S. 559) 11 ausgeschieden wissen, welche theils von Dionysius (2, 25—27) als ungeschriebenes Recht bezeichnet worden, theils ein Rechtssatz aus den XII Tafeln, theils gar nicht Rechtssätze, sondern Cultusvorschriften seien. Die verbleibende Zahl 10 erhebt aber Voigt auf 14 dadurch, daß er die Satzung über *paricidium* und culpose Tödtung als zwei Satzungen und außerdem die Bestimmungen über Incest der Vestalinnen, öffentliche Alimentation von Drillingen und über das Schlachten des Ackerthiers (obwohl letztere allerdings nirgends als *lex regia* bezeichnet sei) hinzurechnet. Diese 14 (bez. durch Zusammenlegung zweier — s. unten No. 9 — nur 13) *leges regiae* sind folgende theils nur relationsweise, theils im archaischen Wortlaut erhaltenen:[2]

Romulus:

1. Ueber die Treuverletzung zwischen Patron und Client[3]: *Dion. 2, 10.* Wenn einer den anderen verletzt, solle der Thäter des Verraths (Felonie: προδοσία?) schuldig und dem unterirdischen Gott (καταχθόνιος Ζεῦς) verfallen (ὅσιον ὡς θῦμα, *sacer*) seyn.
2. Ueber Aussetzung oder Tödtung eines Kindes: *Dion. 2, 15.*[4] Der Vater solle alle Söhne und von den Töchtern wenigstens die erstgeborne aufziehen, und kein Kind vor dem 3. Lebensjahre tödten (zum Tode verurtheilen?), ausgenommen es sei eine Mißgeburt und dies durch 5 Nachbarn bestätigt; der Zuwiderhandelnde solle mit Buße belegt, nach Umständen mit Entziehung des halben Vermögens bestraft werden.
3. Ueber Ehescheidung: *Plut. Romul. 22.* und *Dion. 2, 25.* Der Frau stehe kein Scheidungsrecht zu, der Mann könne im *judicium domesticum* wegen Vergehen der Frau Scheidung (als Strafe) verhängen (Urtheil: *Tuas res tibi habeto; baetito foras* oder *i foras*[5]), und zwar wegen Ehebruchs, Weintrinkerei (Entwendung der Kellerschlüssel[6]) und Zauberei an Kindern; der Mann aber solle dann die unterirdischen Götter versöhnen.
4. Ueber Unbotmäßigkeit der Schwiegertochter gegen die Schwiegermutter: *Fest. p. 230ᵇ; 13.* Wörtlich (nach Voigt's[7] Conjectur): *si nurus socrui obambulassit, ast olla plorassit, sacra Divis parentum estod!* d. h. die Schwiegertochter, welche mit der Schwiegermutter in Hader gerathen, soll auf Antrag beim *judicium domesticum* (*plorare*) den Göttern verfallen seyn!

Numa:

5. Ueber Verstoßung des verheiratheten Haussohns: *Plut. Numa 17* und

1) s. Voigt S. 681. — 2) s. Voigt S. 573 ff. 646.
3) nicht identisch mit dem Satz der XII Taff. über Vermögensbenachtheiligung des Clienten durch den Patron. — 4) Ueber Abweichungen der XII Taff. davon s. Voigt S. 579.
5) s. Voigt S. 582. 593. — 6) s. *Cato de dote* bei Gell. 10, 23. — 7) S. 597.

*Dion. 2, 27.* Der Vater solle den (*per confarreationem,* nur diesen?) verheiratheten Haussohn weder willkürlich emancipiren, noch verkaufen (*trans Tiberim, in mancipii causam*), um nicht das sacrale Band der Gatten zu zerreißen.

6. Ueber Grenzverrückung: *Paul. Diac. 368, 3* (*jct. Dion. 2, 74*). *Si qui terminum exarasset, et ipse et boves sacri sunto!* Der Grenzstein soll *res sancta* und der Verletzer der ländlichen Ordnung dem Jupiter Terminus verfallen seyn.
7. Ueber das *paricidium*[1]: *Paul. Diac. 221, 15* (*jct. Plut. Romul. 22* und *Dion. 3, 22*). *Si qui hominem liberum dolo* (*malo*) *sciens morti duit, paricidas*[2] *esto!* d. h. der Mörder eines freien Menschen (nicht bloß des selbständigen Bürgers, sondern auch des gewaltuntergebenen Bürgers, sowie des Clienten) soll als Bürgermörder behandelt werden. Die verschwiegene, d. h. als notorisch und feststehend vorausgesetzte Strafe war sacrale Todesstrafe mit der Idee des Sühnopfers.
8. Ueber culpose Tödtung: *Serv.* in *Vergil. Ecl. 4, 43* (*jct. Verg. Georg. 3, 367* und *Fest. 347*$^b$ und *351*$^a$*, 8*). *In legibus Numae cautum est, ut, si quis imprudens* (*invitus*) *occidisset hominem, pro capite occisi agnatis ejus in concione*[3] *offerret* (*subiceret*) *arietem.* Das Opfer des Bockes ward dem Janus Consivius dargebracht: *homicidii poenam noxius arietis damnum luebat* (*Serv. in Georg. l. c.*) — *quod fit exemplo Atheniensium, apud quos expiandi gratia aries mactatur ab eo, qui invitus scelus admisit* (*Fest. 347*$^b$).
9. Ueber den Kaiserschnitt: *Marcell. in fr. 2. D. de mortuo infer. 11, 8* sagt: *negat lex regia mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur. Qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur.* Hiermit bringt Voigt (S. 627) in Verbindung eine von *Paul. Diac. 6, 1* dem Numa zugeschriebene Strafsanction: *Si quisquam aliuta* (= *alio modo*) *faxit, ipsos Jovi sacer esto!* Im Fall des Todes einer Schwangeren soll die Beerdigung erst nach Herausnahme des Kindes erfolgen; der Zuwiderhandelnde soll dem Jupiter Lucetius[4] verfallen seyn.

Tullus Hostilius:

10. Ueber Thätlichkeit gegen Eltern: *Fest. 230*$^b$*, 15* (*jct. Paul. Diac. 151, 11; Plaut. Pseud. 1, 3, 133; Ulp. in fr. 1. § 2. D. de obseq. parentibus praest. 37, 15*). *Si parentem puer verberit, ast olle plorassit, puer Divis parentum esto!* Wenn ein Kind gegen Vater oder Mutter thätlich geworden, und der Gekränkte den Frevel vor das Familiengericht gebracht hat, soll der Thäter den Laren und Penaten des Hauses verfallen seyn.
11. Ueber die Unkeuschheit einer Vestalin: *Dion. 1, 78* (*jct. Cato de augur.* bei *Fest. 241*$^a$*, 29; Tac. Annal. 12, 8; Cic. de leg. 2, 9*). Ein Gesetz gebietet, die Vestalin, welche ihre Keuschheitspflicht verletzte, lebendig

---

1) *paricida dicitur apud antiquos, qui omni occidebant pares natura: Gloss. Amplon. p.* 366 (Oehler); *cf.* dazu *Paul Diac.* 221, 15 und *Isid. Orig.* 10, 225. S. Voigt S. 611.

2) Der Elternmörder speciell hiess in alter Zeit *parenticida.* „Bis zur *lex Cornelia* (80) war die Ableitung des *paricidium* von *par* (der Gleiche oder Genosse) und die Schreibung *paricida*, später aber die Ableitung von *pater* oder *parens* und die Schreibung *parricida* die herrschende.“ Voigt S. 614. A. 132.

3) Voigt S. 619 meint: *in comitiis calatis*; ich vermuthe: in dem *consilium patrum*, wo nur die Familienväter und zwar verwandtschaftlich geordnet zusammentraten (s. oben S. 68. Anm. 8.); was sollten hier die Comitien und die Haussöhne?

4) Preller Röm. Mythologie, S. 242.

zu begraben. Der Urtheilsspruch erfolgte durch den Oberpontifex im *judicium quasi domesticum*, in welchem die Pontifices das *consilium* bildeten; das Begräbniß ward mit voller *pompa funebris* im Grabgewölbe (mit Kerze und einiger Kost) vollzogen, und der Buhle, der abnormer Weise in solchem Falle gleichfalls der Strafcompetenz jenes Gerichts unterfiel, auf dem Forum zu Tode gepeitscht. Und darum wohl war diese Vorschrift, wie Cato erzählt, im *atrium Libertatis* aufgehängt worden.

12. Ueber öffentliche Ernährung von Drillingen; *Dion. 3, 22* berichtet hierüber: zum Andenken an den Kampf der römischen und albanischen Drillinge (Horatier und Curiatier) habe man nicht bloß eine Horatiussäule errichtet, sondern auch die Satzung angenommen, daß Drillinge (männlichen Geschlechts) auf Staatskosten bis zur Pubertät ernährt werden sollten.

13. Ueber das Schlachten von Ackerthieren: *Varro de re rust. 2, 5, 4* (*jct. Colum. de re rust. 6. pr. § 7; Cic. de natur. deor. 2, 63; Plin. Hist. nat. 8, 45; Val. Max. 8, 1; damn. 8*). *A bove antiqui manus ita abstineri voluerunt, ut capite sanxerint, si quis occidisset.* Es ward als Frevel bestraft, wenn Jemand ein zum Ackern dienendes Rind zum Verspeisen tödtete, denn nach alter landwirthlich geheiligter Sitte[1] war *bos domitus* der *socius hominum in rustico opere* und *tanquam colonus* (*bos arator*), und Columella sagt: *tanta fuit apud antiquos veneratio, ut tam capital esset, bovem necuisse, quam civem.* Die sacrale Bestrafung des *bucaedium* (*Plaut. Most. 4, 2, 1*) ging also der des *paricidium* parallel, und neben dem Verbot des *necare* stand das des *immolare bovem* (*Ovid. Fast. 4, 413; Paul. Diac. 220, 21*).

Eine Anzahl anderer, bisher gleichfalls den *leges regiae* eingeordneter Vorschriften will dagegen Voigt (S. 558) ausgeschieden wissen; es sind folgende:

1. Ueber Weinverschwendung: *Plin. 14, 12, 88* (*jct. Paul. Diac. 263, 4*): *Numae regis postuma lex est: Vino rogum ne respargito.* Mit Recht bemerkt Voigt S. 567 hierzu, daß zu Numa's Zeit Verbrennung der Todten noch nicht Sitte war, erst in den XII Taff. das Verbrennen neben dem Begraben vorkommt und übrigens das Verbot des Besprengens des Scheiterhaufens mit Wein als ein Satz der XII Taff. bezeugt ist (*Cic. de leg. 2, 24*). Jene Stelle des Plinius sei demgemäß zu verstehen von einer im Geiste des Numa, aber erst nach ihm aufgestellten Vorschrift.

Andere angebliche Königsgesetze sollen die von *Dion. 2, 24—27* genannten als νόμοι ἄγραφοι bezeichnete Einrichtungen seyn[2]:

2. Ueber Lebensgemeinschaft der Gatten: *Dion. 2. 25.* Romulus soll über die Ehe die einzige Bestimmung getroffen haben, daß die Frau, welche nach heiliger Ordnung in die Ehe getreten, mit ihrem Manne alle Güter und Opfer gemeinschaftlich haben solle. Dies aber ist als Rechtssatz falsch für jene Zeit herrschender Manusehe, und als allgemeine sittliche Wesensbestimmung der Ehe kein Rechtssatz.

3. Ueber Einsetzung des *judicium domesticum*, in welchem eine Scheidung auszusprechen war: *Dion. 2, 25.* Romulus soll diese Einrichtung getroffen haben. Allein Dionysius führt sie nicht auf ein geschriebenes Recht zurück.

1) Baumfrevel werden gleichfalls in alten Volksrechten schwer bestraft: das reflektirt die Zeit der ersten Sesshaftwerdung und Baumkultur. So reflektirt auch die obige Bestrafung des Ackerthierfrevels die Zeit aufblühender Landwirthschaft: s. Voigt S. 640.

2) Dirksen Gesetze der Röm. Könige, S. 293 ff.

4. Ueber die väterliche Gewalt und insbesondere über das Verkaufsrecht: *Dion. 2, 26. 27.* Derselbe spricht allerdings auch hier nicht von geschriebenen Gesetzen, allein in einer an Papinian ergangenen Rechtsfrage wird gesagt: *cum patri lex regia dederit in filiam vitae necisque potestatem* (*Collat. leg. Mos. 4, 8, 1*), und der Jurist acceptirt diesen Hinweis. Demnach scheint wenigstens das *jus vitae ac necis* über Kinder auf eine *lex Romuli* zurückgeführt worden zu seyn.[1]

Endlich will Voigt (S. 558—566) folgende Cultusvorschriften aus der Reihe eigentlicher *leges regiae* ausgeschieden wissen.

5. Ueber Fische ohne Schuppen: *Cass. Hemina in Plin. hist. nat. 32, 2, 20* (*jct. Fest.* 253[a], *17*): *ut pisces, qui squamosi non essent, ne pollucerent,* d. h. sollen nicht bei Opferschmäusen verwendet werden.
6. Ueber Weinspenden: *Plin. hist. nat. 14, 12, 88: ex imputata vite libari vina Dis nefas.* Dieses Gesetz soll von Numa herrühren.
7. Ueber Opfer wegen der Beute: *Varro in Fest.* 189[a], *8* (*jct. Serv. in Aen. 6, 860*). *In Libris Pontificum est, pro primis spoliis bove, pro secundis solitaurilibus, pro tertiis agno publice fieri debere.* Auch diese Satzung wird auf Numa zurückgeführt. (*Cui suo auspicio classe procincta opima spolia capiuntur, dari aeris CCC oporteat et bovem caedito Jovi Feretrio* etc.)
8. Ueber Beischläferinnen: *Gell. 4, 3* (*jct. Paul. Diac. 222, 4* und *Paul. in fr. 144. D. de V. S.*): *Antiquissima lege ostenditur, quam Numae fuisse accepimus: Pellex aram Junonis ne tangito; sie tangit, Junoni crinibus demissis agnum feminam caedito!*
9. Ueber Familientrauer: *Plut. Numa 12.* Dieser König soll angeordnet haben, daß die Wittwe das Trauerjahr einzuhalten und im Verletzungsfalle eine trächtige Kuh zum Opfer zu bringen habe. Allein von einem Gesetz ist dort nicht die Rede.
10. Ueber die vom Blitz Getroffenen: *Fest.* 178[b], *20* (*Pseudo-Quinctil. Decl. 274*): *In Numae Pompili regis legibus scriptum: Si hominem fulmen Jovis occisit, ne supra genua tollito!* Nach alter Fulgurallehre sollte der Getroffene nicht emporgehoben und (zum regelmäßigen Privatbegräbniß) fortgeschafft, sondern an Ort und Stelle nach Anleitung der Augurn begraben werden. *Plin. hist. nat. 2, 54* sagt: *hominem ita exanimatum cremare fas non est, condi terra religio tradidit,* und Festus setzt hinzu: *homo, si fulmine occisus est, ei justa nulla fieri oportet*[2].
11. Ueber den priesterlichen Gebrauch eherner Messer: *Lyd. de mens* (*1, 31*). Die *Flamines majores* sollten sich nicht eiserner, sondern eherner Messer bedienen. Aehnliche Vorschriften waren das Verbot des Eisens bei Stadtgründungen (Pflugschaar), am *pons sublicius,* an heiligen Orten[3]: sie sind wohl der Niederschlag eines voreisernen, erzenen Zeitalters, welches dann in den Formeln und Symbolen sich zu erhalten trachtete inmitten des Flusses einer neuen (eben der eisernen) Zeit.[4]

C. Nehmen wir mit Voigt[5] an, daß die *leges regiae* auf Tafeln geschrieben nach der 1. Secession (494) im *atrium Libertatis* aufgehängt, dann nach dem Gallischen Brande (390) die noch giltigen *leges regiae* von Neuem veröffent-

1) Anders Voigt S. 572.

2) Vergl. *Serv. in Aen.* 12, 603: *Cautum fuerat in pontificalibus libris, ut, qui laqueo vitam finisset, insepultus abjiceretur.* — 3) s. Voigt, S. 566.

4) Vergl. die *hasta pura* ohne Eisen: s. Lange Alterth. I. § 64. S. 532.

5) S. 668. 798. Dazu *Liv.* 6, 1. *Cato* bei *Fest.* 241*a*, 29.

licht und von Cato benutzt wurden, daß die übrigen[1] Ueberlieferungen sich in direkter oder indirekter Entlehnung auf die *Commentarii Regum* und *Consulum*, bez. *Pontificum* zurückführen lassen, und daß die Treue dieser Ueberlieferungen im Allgemeinen nicht in Abrede gestellt werden könne: so hat die Richtigkeit und Authenticität der *leges regiae* eine anerkennenswerthe Basis[2]. Dabei ist zu beachten, daß den Alterthumsforschern des letzten Jahrhunderts der Republik viele monumentale und anstaltliche Ueberlieferungen, mannichfache Archivschätze Rom's und der Nachbarstädte zu Gebote standen, daß ferner — wie das *Sctum*[3] über die gefälschten Bücher des Numa (a. 181) und die von Varro an den Werken des Plautus und von Anderen an den Werken des *Sex. Aelius Paetus* geübte Kritik beweisen — die damalige Alterthumsforschung nicht kritiklos verfuhr, und daß selbst in Processen, wo der Gegner zu opponiren interessirt war, Berufung auf die *Commentarii Regum* ohne Opposition stattfand! Endlich ist von Gewicht der archaische Inhalt, der in eine naive, auch den XII Taff. noch vorhergehende Zeit und sacrale Weltanschauung zurückweist und schwerlich in einer reflektirten Zeit erfunden worden wäre, sowie der Mangel der gentilicischen Appellativa, durch welche alle republikanischen Gesetze gekennzeichnet sind, und namentlich auch die Eigenthümlichkeit archaischer Wortformen und Worte[4]. Alles das läßt die unbedingte Verwerfung der Aechtheit der *leges regiae* nicht als gerechtfertigt erscheinen, und wenn namentlich von Romulus, Numa und Servius[5] eine rege Thätigkeit in Ansehung der Rechtsentwicklung ausgesagt wird, so dürfen wir das nicht schlechthin von der Hand weisen. Nur die Frage bleibt übrig, in welcher Weise diese Thätigkeit und Einwirkung zu denken sei.

Einige halten sie für wirkliche Ausflüsse der Legislation[6], Andere erklären sie für Sätze des (ältesten) Gewohnheitsrechts, die erst später schriftlich aufgezeichnet und der Wahrheit zuwider als *leges* angesehen wurden[7], oder man findet in ihnen Reste der Rechtsbildung nicht aus der ältesten, sondern aus der ersten republikanischen Zeit[8]. Ich kann keiner dieser Ansichten einfach zustimmen und nähere mich wohl am meisten der Ansicht von Lange[9], wenn ich unter den *leges regiae* solche Sätze des ältesten latinischen, sabinischen und bez. specifisch römischen Gewohnheitsrechts verstehe, welche in wichtigen Präcedenzfällen feierlich vom Regenten als Richter proclamirt und casuistisch zur Anwendung gebracht worden. Sie sind also Akte der Jurisdiktion, nicht der Legislation, und vergleichbar den germanischen Weisthümern, welche sich, mit gläubiger Ehrfurcht betrachtet, wörtlich erhielten, auch aufgezeichnet wurden, in die Praxis vieler Gerichte übergingen, wie Gesetze beobachtet oder doch verehrt und wohl auch gesammelt wurden. *Lex* war ja, worauf Lange mit Recht hinweist, ein sehr genereller Begriff und umfaßte alle Arten solenner Sprüche und aufgezeichneter Satzungen, durch welche eine rechtsverbindliche Wirkung bezweckt wird; warum nicht auch Richtersprüche und Weisthümer?

---

1) durch *Licinius Macer*, *Varro* und *Claudius*, *Valerius Antias* und *Granius Flaccus*, *Verrius Flaccus* und *Servius* in *Vergil.* vermittelten

2) Nimmt doch z. B. Schwegler (I. S. 35. 565) auch von dem Grundstock der *indigitamenta*, den heiligen Liedern, z. B. der Salier und der Arvalbrüder, an, dass sie „aus der ältesten Königszeit stammen". — 3) s. *Liv.* 40, 29.

4) *paricidas* — *ipsos* — *aliuta* — *estod* — *verberit* — *olle* — *plorare* — *obambulare*. Vielleicht ist auch das nicht ohne Gewicht, dass, während in der *lex Valeria Poplicolae* und späteren Gesetzen bei der *consecratio* des Thäters immer *caput et bona* gesagt wird, in den *leges regiae* die Person kurz und indifferenzirt bezeichnet ist (*ipse*, *puer*, *patronus*).

5) *Dion.* 2, 23—29; *Cic. de rep.* 2, 14; 5, 2; *Isid. Orig.* 5, 1, 3; *Tac. Ann.* 3, 26.

6) so Gerlach Histor. Studien III. S. 164. 247; Zumpt Criminalr. d. Röm. Rep. I. 1. S. 26; Voigt S. 823. — 7) Rubino Unters. ü. Röm. Verf. S. 408: Schwegler I. S. 25.

8) Lewis Unters. üb. d. Glaubwürd. d. altröm. Gesch. I. S. 148. — 9) Alterth. I. § 47.

Wie sollten denn damals wirkliche Gesetzgebungsakte zu Stande gekommen seyn? durch Rogation in den Curiat- und bez. Centuriatcomitien? Die allgemeine Aeußerung des Dionysius von der Gesetzgebung und des Pomponius von den Curiatgesetzen des Romulus und seiner Nachfolger berechtigt uns schwerlich dazu. Es liegt nicht in der Art und Schwerfälligkeit so naiven Geistealebens, sich mit der erforderlichen Behendigkeit in geschriebenen Normen generellen Karakters zu evolviren, und andere als Gelegenheitssatzungen auszusprechen. Dagegen spricht Vieles für die obige Annahme.

Die Function als Richter ist der älteste Krystallisationskern in der Stellung des *Rex*[1]: er ist vor Allem *judex*, Friedenswirker, und dies gilt unter allen Regenten am meisten vom Romulus. Es ist auch natürlich, daß demselben in der jungen, unruhigen, des neuen Zusammenlebens noch ungewohnten Bürgerschaft häufiger Anlaß zum Richteramt gegeben wurde, und damit stimmt die ausführliche Schilderung bei Dion. 2, 23—27, aus welcher wir sehen, daß alle möglichen Rechtssätze über Grundeinrichtungen des Gemeinschaftslebens durch Romulus zum Ausdruck kamen. Dabei betont Dionysius selbst, daß Vieles unaufgeschrieben geblieben, also nicht als Gesetz verkündet worden sei, und er schließt seine Schilderung mit der Bemerkung (c. 29), daß Romulus auf schnelle Rechtshilfe bedacht gewesen, vielfach in eigner Person entschieden und die öffentliche Gerichtsstätte auf dem Forum eingerichtet habe. Auch bei der Erzählung von der Hinrichtung der Ilia oder Rhea wird von ihm (2, 78) die Satzung über die Bestrafung unkeuscher Vestalinnen in Zusammenhang mit der Gerichtsverhandlung des Königs (Amulius) gebracht. Ferner was von dem Darbringen eines Sündenbocks bei culposer Tödtung auf Grund einer *lex Numae* und nach dem Vorgange der Athenienser (*exemplo Atheniensium: Fest. 347*) berichtet wird, nimmt sich ganz wie ein Richterspruch aus; auch meine ich, daß der einer Strafsanction entbehrende Ausspruch: *paricidas esto!* welcher als *lex Numae* über Mord berichtet wird, besser in einen Richterspruch, welcher ein Gewohnheitsrecht voraussetzt, als in ein selbständiges Gesetz paßt; und wenn ein- oder mehrmals das *plorare*, d. h. Antrag bei dem Gericht, in der Vorschrift als Bedingung hingestellt wird, so weist auch das auf den Zusammenhang des Rechtssatzes mit der Jurisdiction hin. Nur so erklärt sich endlich auf's Einfachste, daß nicht alle *leges regiae* Aufnahme in den XII Taff. fanden, die gewiß dazu, das officiell abgefaßte Recht zu codificiren, aber nicht dazu bestimmt waren, sämmtliche Weisthümer aufzunehmen. Der Name *jus Papirianum*, der nicht auf wirkliche *leges*, sondern auf frei gewachsenes Recht hinweist, stimmt eigentlich nur zu dieser Ansicht, und dieselbe wird überdies nicht unerheblich unterstützt durch die Ableitung der *leges regiae* aus den *libri regum* (wobei namentlich an die casuistischen Entscheidungen gedacht werden kann) und den *commentarii regum* (Amtsinstructionen).[2]

1) s. oben S. 57.

2) Seit Anfang des 16. Jahrh. sind viele Versuche zur Restitution des *jus Papirianum* gemacht worden. Einer dieser Versuche ist die in ihrem Ursprunge räthselhafte, von Marliani (*Topograph. urbis Romae*, 1534, *lib. II. c.* 8.) zuerst verbreitete und nach ihm benannte Tabula Marliani, welche die angeblich Romulischen Gesetze enthält. Vergl. Heineccius *Jurispr. Rom. et Att. I. p.* 25; Dirksen Versuche S. 240; Schwegler I. S. 26; Lübbert *Comment. Pontif. p.* 79 *sq.*

## II.

## Die *Libri regum, pontificum, magistratuum.*

Servius (in *Verg.*) bringt die *leges regiae* mit den *Libri Regum* in Verbindung, indem er von derselben *lex* (über culpose Tödtung) sagt, sie sei eine der *leges Numae* (*Ecl. 4, 43*), und man lese das in *regum libris* (*Georg. 3, 367*); Livius (1, 32) erzählt von Ancus, derselbe habe die Sacralvorschriften des Numa *ex commentariis regiis in album* übertragen und öffentlich aufstellen lassen. Außer den *libri* (*regum, magistratuum, pontificum*) und *commentarii* (*regum, sacerdotum, magistratuum, pontificales, augurales*) werden genannt *annales, tabulae* (*publicae, censoriae*), *responsa* (*Fetialium*), *fasti* (*sacerdotales, consulares, triumphales, calendares*). Ueber die Bedeutung und Unterscheidung derselben wird gestritten. Nach Voigt's Ausführung[1] ist so zu unterscheiden:

A. *Libri* ist der allgemeine Ausdruck für alle geordneten Niederschriften, welche von sacralen oder politischen Behörden vorgenommen wurden. Sie sind entweder

1) *Commentarii*, d. h. Amtsinstructionen für Cärimonien und amtliche Handlungen, namentlich das Opferritual (in den *commentarii regum*) und pontificale Cultusritual (*comm. pontificum*); wohin auch die *Indigitamenta* gehören, d. h. die Anrufung der Götter bei den sacralen Handlungen (Gebetsformeln).

2) *Acta*[2] (bald *libri* allgemein oder *tabulae* speciell genannt), d. h. chronologische Aufzeichnungen der wichtigen Begebenheiten. Dieselben sind *a*) *Fasti sacerdotum* und *magistratuum*, d. h. Aufzeichnungen der Personalveränderungen in den Behörden; *b*) Protokolle über die vollzogenen Handlungen der Priester und Magistrate; *c*) Aufzeichnungen der von Priestern oder Magistraten abgegebenen Gutachten (*responsa*) und Entscheidungen (*decreta*); *d*) *Annales*, d. h. Aufzeichnungen der denkwürdigen Ereignisse, und zwar *aa*) auf weißen Holztafeln: nämlich die *annales Pontificum s. maximi*, welche öffentlich ausgestellt wurden[3], oder *bb*) auf linnenen Streifen: nämlich die *libri lintei* der Magistrate, welche im Tempel der *Juno Moneta* aufbewahrt wurden.

3) Außerdem gab es noch *Fasti sacerdotales, consulares, praetorii, triumphales*, welche nur Auszüge aus obigen Akten waren, von Verschiedenen, officiell oder nicht officiell, zu praktischen oder wissenschaftlichen Zwecken gefertigt, z. B. die capitolinischen *fasti consulares* und *triumphales*, welche von Staatswegen, die *fasti consulares et praetorii*, welche von den Arvalbrüdern angefertigt sind.

B. Nach *Liv. 1, 20* und *Dion. 2, 72* hatten bereits in der Königszeit die *Pontifices* ihre eigenen *commentarii;* nach Vertreibung der Tarquinier aber ging der Inhalt der *commentarii Regum* in die *commentarii* theils des *rex sacrorum*, theils des *pontifex maximus*, theils der Consuln über, z. B. die *discriptio classium et centuriarum* aus den *commentarii Servii Tullii* in die

---

1) *Leges regiae* S. 647—667.

2) Voigt (S. 653) bemerkt hierzu, dass allerdings der Ausdruck *Acta* zufällig in den Quellen für obige Kategorie nicht vorkommt, aber durch die Analogie der *acta Senatus* und *populi Romani* gesichert sei.

3) Sie bildeten später eine Sammlung von 8 Büchern; in ihnen sah das römische Alterthum einmüthig eine der ältesten und zuverlässigsten Urkunden seiner Geschichte; doch dürften, meint Schwegler (I. S. 9) die ächten Priesterannalen schwerlich über den Gallischen Brand zurückgereicht haben.

*commentarii consulum* und dann *censorum,* die *legis actiones* in die *commentarii pontificum* und in die *commentarii consulum* und dann *praetorum,* aus welchen der *scriba Flavius* sein *jus Flavianum* entnahm. Und so mögen auch die als *leges regiae* bezeichneten Aufzeichnungen aus den *commentarii regum* übergegangen seyn theils in die der *Pontifices,* theils und hauptsächlich der Consuln: womit *Dion. 10, 1* stimmt, wenn er bemerkt, daß vor den XII Tafeln der größere Theil des Rechts den Magistraten überwiesen, der kleinere Theil in den *libri sacri* aufgezeichnet gewesen sei.

## XIX. Kapitel.

### III. Die Rechtsfähigkeit.

(*caput, persona.*)

(Zu § 80—85.)

### I.

### *Caput sacrum.*

Wer im Vollgenuß des *caput* war, gehörte der öffentlichen Friedensordnung an und besaß den Schutz des *Fas.* Aber dieses *Fas* gewährte nicht bloß Schutz, sondern übte unter Umständen auch ein Gewicht aus auf die in seinem System befindlichen Factoren, seien es Subjekte oder Objekte, und welche dieses besondere Gewicht zu tragen hatten — Personen oder Sachen —, erschienen wie gebunden und dem regelmäßigen Verkehrsleben entrückt[1]. Das sind die *personae* und *res sacrae* im weitern Sinne. Beides in Eine Erscheinung zusammengefaßt[2]: dies Bild bietet das sabinische *ver sacrum,* d. h. die Consecrirung des gesammten nächsten Frühlingserzeugnisses an Menschen und Sachen (Früchten wie Thieren), so daß die letzteren wirklich geopfert wurden und die ersteren, sobald sie dazu reif geworden, die Heimat verlassend sich eine neue Stätte suchen mußten[3].

*Sacrum* ist, was einer Gottheit völlig hingegeben, zu eigen und überliefert ist und zu ihrer Verherrlichung dienen soll. Das aber kann in zwiefachem Sinne geschehen[4]. 1) Der heilige Priester, *flamen Dialis, virgo Vestalis,* leisten aktiven Dienst und sind durch ihre *consecratio* gleichsam über die gemeine Gesellschaftsfläche erhoben; wer in die Priesterschaft tritt, scheidet aus seiner *familia* und wird ohne *capitis diminutio* in die *familia* des Gottes versetzt. Entsprechend ist in der Sachenwelt die durch *inauguratio* aus dem menschlichen Vermögen ausscheidende, der Gottheit zugesprochene (dedicirte) *res sacra*[5] und die den *dii manes* geweihte *res religiosa;* beide sind *commercio exemtae.* 2) Der *civis sacer,* d. h. der verdammte und für vogelfrei erklärte Genosse ist der Gottheit verfallen, ihres Schutzes beraubt, unter die Oberfläche des Gemeinlebens herabgedrückt und damit aus der Sacralgenossenschaft (als armer „Wicht") ausgestoßen: so dient er passiv, leidend, zur Verherrlichung der Gottheit. Er wird nicht (mehr) geopfert, aber doch seinem heillosen Schicksal überlassen und dem bürgerlichen Tod

1) *Locus religatus, res commercio exemta*; die Aufhebung der Sacraleigenschaft *liberatio loci* (*fr.* 9. § 2. *de div. rer.* 1, 8); ein *locus in commercio* dagegen *purus locus* (*fr.* 2. § 4. *de relig.* 11, 7). Vergl. Hoffmann i. d. Zeitschr. f. d. österr. Gymnas. 1866. S. 572 ff.

2) Energischer noch tritt die Einheit der Idee im Mosaischen Recht zu Tage; vergl. Josua 6, 17—19; 7, 11—13. 25.

3) Schwegler II. S. 253 ff.

4) entweder ergeben sich danach Organe und Mittel der Verehrung oder aber Gegenstände der Sühne — Opfernde und Opferinstrumente oder aber Opfer.

5) Marquardt Alt. IV. S. 228 ff. und Mommsen Röm. Staatsr. I. (*ed.* 2.) S. 233 ff.

übergeben[1]; wer ihn tödtet, ist kein Frevler und straflos. Ihm ähnlich ist die zum Opfern geweihte Sache, *quadrupes immolata*[2], welcher zum Zeichen dessen die *mola casta* zwischen die Hörner gestreut war. Das sind der zum *hostis* erklärte Bürger und das zur *hostia* geweihte Thier[3]. Beispiele: eine *lex regia Romuli* soll bestimmt haben: *si nurus socrui (obambulassit), sacra Divis parentum esto!* — eine *lex regia Numae: si quis terminum exarassit, et ipse et boves sacri sunto!* und *si quisquam aliuta faxit, ipsos Jovi sacer esto!* — eine *lex regia* des Tullus Hostilius: *si parentem puer verberit, ast ille plorassit, puer Divis parentum sacer esto*[4]*!* in den XII Taff. (*tab. VIII?*) der Satz: *Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto!* endlich eine *lex sacrata: Sacer alicui Deorum sit cum familia pecuniaque!* Plinius (*hist. nat. 8, 45, 180*) erzählt: *bovem habemus tantae apud priores curae, ut sit inter exempla damnatus a populo Romano die dicta, qui . . . occiderat bovem, actusque in exsilium tanquam colono suo interemto*[5].

Das Erforderniß eines Judicats oder *jussus* des *populus* gehört wohl nicht der frühesten Stufe an, jedenfalls können da nur die *Patres*[6] in Frage gekommen seyn. Der *jussus populi* ist ein politischer Akt, der nicht ohne Weiteres in das alte Sacralsystem paßt. Doch treffen wir dann auf allmähliche Profanumbildung der Strafordnung. *Supplicium* war die Sühnstrafe des ältesten Systems; der Begriff *poena* (Sühngeld, ποινή) ist die sich eindrängende Profanidee, welche *caput* und *bona* trennt und das verstrickte und verwirkte *caput* mit Geld gelöst werden läßt. Wer diese Strafe erleidet, zahlt sie (*poenam solvit*), wer sie vollzieht, nimmt sie (*sumit*)[7]; eine Art *jus postliminii* oder *luitionis* oder *redemtionis*. Das *supplicium* klingt noch fort in der *interdictio aqua et igni* kraft des *imperium publicum,* und vielleicht in der *venditio trans Tiberim* (wegen Umgehung des Kriegsdienstes oder Census[8] oder böswilliger Ueberschuldung), bez. in der *venditio noxae causa* (*noxae deditio*).

Noch in den *leges sacratae,* welche den Bund der Patricier und Plebejer besiegeln, und in den XII Taff. kommen Fälle der *consecratio capitis* vor[9]: es sind die letzten verhallenden Klänge des archaischen Systems, welches sich am längsten in völkerrechtlicher Anwendung erhält. Das *caput* taucht nun aus dem Goldgrund des *Fas* empor, löst sich ab und stellt sich völlig und förmlich in das profane Staats-, Stadt- und Geldsystem hinein. In dem späteren System der *capitis diminutiones* spricht sich dieser Standpunkt aus.

---

1) *Macrob. Sat.* 3, 7, 5. — Treffend bemerkt Ihering (Geist I. § 18), dass den Verächter der Götter der Fluch derselben unmittelbar auf die Missethat traf, ob auch das Volk dann seinerseits noch durch Beschluss sich von ihm lossagte, den erfolgten Riss constatirend (*Fest. s. v. Sacer mons: populus judicavit*; *Plin. l. c.: damnatus die dicta*), und dass von diesem Standpunkt aus die verhängte Strafe nicht als Uebel, sondern als Gut, nämlich als Reinigungs- und Versöhnungsmittel erschien, wodurch der Geächtete aus dem Zustande der Verworfenheit erlöst, wenigstens innerlich entsühnt ward.

2) s. Preller Röm. Mythologie S. 115 ff., Karlowa die Formen d. Röm. Ehe (1868), S. 6.

3) Dem *homo sacer* ähnlich (nicht gleich) war der im Krieg den unterirdischen Göttern Angelobte (*devotus*), der *res sacra* ähnlich die *res sancta*. Vergl. Mommsen Staatsr. I. S. 236. Marquardt Alterth. IV. S. 223 ff. Schwegler II. S. 253 ff. In diesen Zusammenhang gehört wohl auch das *ver sacrum* (Nothweihe!). *Liv.* 22, 10.

4) Vergl. oben Excurse S. 93.

5) Vergl. noch Schlesinger i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. VIII. (1868) S. 60 und Ludw. Lange *De consecratione capitis et bonorum. Diss.* (*Giess.* 1867), *p.* 12.

6) s. oben Exc. S. 67 ff. — 7) Rubino Röm. Verfass. I. S. 460.

8) s. Lange I. § 39.

9) *Lex Valeria de sacrando cum bonis capite ejus, qui regni occupandi consilia inisset* (*Liv.* 2, 8), die *lex sacrata* nach der 1. Secession (*sacer mons: Fest. p.* 318; *Cic. pr. Balbo* 14; *Liv.* 2, 33); *lex Valeria Horatia: ut qui tribunis . . . nocuisset, ejus caput Jovi sacrum esset, familia ad aedem Cereris Liberi Liberaeque venum iret* (*Liv.* 3, 55). Vergl. Lange I. § 69 a. E. § 75 a. A. u. II. § 93 (S. 37). In den *leges regiae* und XII Taff. kommt der Ausdruck *caput* nicht vor.

## II.

## *Capitis diminutiones.*

Für das volle *caput* im Sinne des alten Römerrechts ergeben sich drei Erfordernisse: die Freiheit vom Bande der Sklaverei (*libertas*), die Zugehörigkeit zur Genossenschaft der Bürger (*civitas*) und die Zugehörigkeit zu einer der *gentes* (*gentem habere, gentilitas*). Es scheint, daß in alter Zeit alle drei Zuständigkeiten unter dem Ausdruck *libertas* begriffen wurden[1]; doch möge dahin gestellt bleiben, ob es damit zusammenhängt und richtig ist, was Ballhorn-Rosen[2] ausführt, daß *libertas* ursprünglich die Eigenschaft eines zur Theilnahme an Libationen Berechtigten bedeutete und eine dreifache Berechtigungsskala unterschieden wurde: *a*) Theilnahme an den allgemeinen völkerrechtlichen Libationen, von welcher auch die Peregrinen (als Schutzverwandte?) nicht ausgeschlossen waren; *b*) Theilnahme an den *sacra publica* der *cives* und *c*) Theilnahme an den *sacra gentilicia* (bez. Familienopfern).

Den drei Stufen des *caput* müssen drei Verluststufen entsprochen haben; jede konnte verloren gehen: mit der *libertas* aber gingen selbstverständlich auch die anderen, mit der *civitas* wenigstens die *gentilitas* zugleich verloren. Dies sind also drei *capitis diminutiones*, und diese Skala ist ein Grunddogma der späteren Zeit; aber da hat die *capitis diminutio minima* einen anderen Sinn, und sie erscheint dadurch in einem problematischen Lichte. Sie verstößt nämlich gegen das Gesetz logischer Harmonie, welches doch sonst in allen Theilen das römische Recht beherrscht, denn während die *capitis diminutio maxima* und *media* einen reinen Verlust enthalten — jene eine *libertatis*, diese eine *civitatis amissio* ist —, erscheint die *capitis diminutio minima* als gemischt mit Erwerb einer anderen *familia*[3], welcher sogar ein Freiwerden des *caput* seyn kann (z. B. bei der *emancipatio*). Die stärkeren *diminutiones* enthalten also einen reinen, die schwächste keinen reinen Verlust, diese ist nicht *amissio*, sondern *mutatio status*, was nicht eine Gradation, sondern eine Alteration des Inhalts enthält, und darin liegt eine Dissonanz, die besonders erklärt seyn will. — Auch insofern zeigt sich in diesem späteren Diminutionensystem eine Disharmonie, daß, während bei den stärkeren *diminutiones* das *caput* zugleich in seinen socialpolitischen Elementen in Frage kommt, bei der *minima* nur die privatrechtliche Seite des *caput* afficirt wird[4]. Wie diese Disharmonie zu lösen sei, ist streitig. Soviel ich sehe, ist sie lösbar auf geschichtlichem Wege, indem wir annehmen, daß ursprünglich unter *capitis diminutio* der Verlust der Gentilität verstanden wurde, die allerdings zugleich einen Verlust der *familia* enthielt, aber zugleich auch Verstoßung oder Austritt aus dem Herrenstande und der *communio curiarum* (folglich der *comitia curiata* und *calata*) war und den Ausscheidenden zum Neubürger oder Plebejer herabdrückte, welchem nicht das volle *caput* des Patriciers eignet. Nur unter dieser Voraussetzung wird es erklärlich, daß nach alter Anschauungsweise (*civilis ratio*) die *capitis dimi-*

1) Bei Plautus (*Casin. II*, 8, 68) sagt der Sklave Chalinus: *tribus non conduci possum libertatibus* d. h. durch alle drei Freiheiten könnte ich nicht gewonnen werden; und in Ausonius (*Gryphus ternarii numeri, Edyll.* 11, 65) heisst es: *Triplex libertas, capitisque minutio triplex.*

2) Zur Vorgeschichte des röm. Rechts, Etymolog. Versuche (I. 1853), S. 27: *liber* = der Libirende, *liberalis* = der gern Spendende, *libertus* = der unter die Theilnahmeberechtigten (*sub* a) Versetzte.

3) Vergl. *Papinian in fr.* 11 § 2. *de B. P. s. t.* (37, 11): *dando se in adrogandum* (*testator*) *cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transfert.*

4) s. v. Scheurl Beiträge z. Bearbeitung des Röm. R. I. (1852) S. 235 ff., der aber gewiss im Unrecht ist, wenn er sich das publicistische Element nur als einen äusserlichen Zusatz zum *caput* denkt. Vergl. über *caput* noch Niebuhr Röm. Gesch. (4. *ed.*) I. S. 606.

*nutio* schlechthin, d. h. ohne Unterscheidung der Stufen, dem Tode verglichen wurde[1], und so entspricht auch die Redensart *solum mutare s. vertere* (*amissio civitatis*) der die *minima cap. dim.* bezeichnenden Redensart *statum* (*i. e. familiam*) *mutare*.

Als die Gentilität ihre rechtliche Bedeutung einbüßte — was wohl seit der *lex Ogulnia* und dann namentlich seit der Gracchenzeit geschah — und die Institution der *gentes* veraltete, schob sich ein neuer Begriff in das alte Wort hinein, und die Frage der neu erworbenen oder begründeten *familia* außer Betracht lassend, erfaßte man lediglich das Moment der *familia* im civilistischen Sinne und substituirte dem Begriffe *gens* den Begriff *familia*, d. h. die Agnatenschaft (in personaler und realer Beziehung), welche man durch *cap. dim. minima* einbüßte, indem man in *potestas* oder *manus* oder *mancipii causa* gerieth oder durch *mancipii causa* hindurch mußte.

## XX. Kapitel.

### IV. Das Privatrechtsgebiet.

(*manus, res*).

(Zu § 86—92.)

### I.

### *Sponsio* und *nexum*.

*Res mancipi.*

A. In Bauernwirthschaft ist bekanntlich wenig Anlaß, Schulden zu contrahiren, und sogar ein Ehrenpunkt, nicht zu borgen und nichts zu schulden; man ist auch schwerfällig, Credit zu bewilligen. Dem Landleben und der Naturalwirthschaft entspricht der Tauschverkehr, und es pflegt Zug um Zug geleistet zu werden. Wo soll da eine Obligatio entstehen, wenn nicht etwa durch Delikt verursacht?[2] Deliktkarakter haftet überhaupt dem ältesten Schuldrecht an, wie das *damnas esto* beim *nexum*, die Behandlung des *aes confessum* in den XII Taff. und die Klage der XII Taff. wegen administrativer Untreue des Vormunds, ebenso das Bußensystem und die Friedensgelder des germanischen Mittelalters zeigen.

Die älteste Art, den Delinquenten zu fassen, ist freilich die Talion, aber die Großmuth der Verletzten und die civile Humanität des Gesetzgebers können doch nachlassen, daß der Thäter sich löst mit einer Geldsumme, die er zahlt oder angelobt. Die XII Taff. bestimmen: *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit*[3], *talio esto!* hier ist der Thäter auf des Verletzten Großmuth angewiesen; *si injuriam faxit, XXV poenae sunto!* hier ist Lösegeld an Stelle der *talio* festgesetzt; ebenso beim *furtum nec manifestum: si adorat* (*i. e. agit*) *furto, quod nec manifestum erit, duplione damnum decidito!*

Wenn er nun nicht auf der Stelle zahlt, was liegt näher, als daß der Forderungsberechtigte sich nach Garanten umsieht? es wäre unbillig, sein

---

1) *Gai.* 3, 153: *Dicitur capitis diminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis diminutio morti coaequatur.*

2) Ich kann mir in jener Zeit etwa nur noch Eine Obligirungsursache denken: die Wette, eine immer bei willenskräftigen Völkern frühzeitig auftauchende Erscheinung; in der That bedeutet auch *sponsio* später noch besonders Wetten, und solche mögen ursprünglich auch feierlich (eidlich) eingegangen worden seyn. Vielleicht ist daneben noch die Verlobung der Braut (*sponsa*) zu stellen.

3) *Pango, pago, paciscor: pangere terminos, pacem, foedus — versus, carmen* (*legem contractus?*); *pangere cum aliquo*: feierlichen Versöhnungs- und Abfindungsvertrag eingehen. Vergl. *fr.* 1. § 1. *de bonis libertor.* (38, 2): *si* (*patronus*) *hoc pepigisset* und *Liv.* 32, 5.

Vertrauen auf die Zahlungswilligkeit dessen zu verlangen, der eben Delinquent ist. Und denken wir zunächst an die älteste, also patricische Genossenschaft, was ist natürlicher, als daß die Garanten unter den Gentilen gesucht und aus der *gens* des Delinquenten gestellt werden, die in *subsidium* immer aufkommen mußte? Aus der Zeit gentilicischen Zusammenhangs ist die nationale Neigung der Römer zum Bürgschaftswesen zu datiren und zu erklären; es war römische Art, den Kredit nicht durch Sachen[1], sondern durch Personen zu stützen, zu steigern, *satisdatio* war nur die Bürgenstellung (nicht die Pfandbestellung); der römische Verkehr ist in nichts so erfinderisch gewesen, wie in Verbürgungsursachen und Verbürgungsformen, frühzeitig beschäftigt sich die Legislation mit der Bürgschaft (*adsiduo vindex adsiduus esto:* XII Taff.; *leges de sponsu*), und die Mehrheit von Mitbürgen spielt eine Rolle in den Gesetzen[2].

Welche die älteste Bürgschaftsform ist, wissen wir: die *sponsio;* sie reicht in die älteste Zeit zurück, soll *ad aram maximam Herculis* auf dem *forum boarium* eingegangen, mit Libation verbunden, in feierlicher Anrufung des Gottes zum Rächer wegen Vertragsbruchs, also in eidlicher Betheuerung bestanden haben. Diese patricische *sponsio* blieb auch später ein Monopol des römischen Bürgers, als andere Promissionsformen aufgekommen waren, die dann den Peregrinen zugänglich wurden. Diese *sponsio* zum Zwecke der Bürgschaft ist der älteste obligatorische Vertrag gewesen, denn 1) nach dem Zeugniß des Gaius (3, 115) war *sponsor* der technische Ausdruck für Bürge (im ältesten privatrechtlichen Styl), 2) und welche andere vertragsmäßige Begründung von Obligationen wäre wohl in jenen naiven Verkehrszuständen des Landlebens gleiches Bedürfniß gewesen?[3] Endlich 3) spricht für obige Annahme der juristische Ausdruck *sponsio* selbst, welcher eine ziemlich isolirte Erscheinung im System der römischen Alienations- und Obligationsgründe ist, denn diese sind fast ausnahmslos aus dem Standpunkte und unter der Initiative des Erwerbenden, bez. Gläubigers aufgefaßt und benannt[4], während die *sponsio* (so gut wie ihre jüngeren Schwestern, die *fidepromissio* und *fidejussio*) nach der Stellung des sich Verpflichtenden (*reus promittendi*) benannt sind. In dieser Benennung liegt das Eintreten, die Aufforderung ausgedrückt, welche der garantirende *amicus debitoris* an den Gegner ergehen läßt: „creditire (gestunde) nur, ich trete ein“! So paßt denn die Bezeichnung *sponsio* eigentlich nur recht für dies Versprechen eines Bürgen, und *sponsio* ist die alte bäuerlich-patricische eidliche Garantie des contractlichen Eideshelfers oder *consponsor,* den Festus (*ep. p. 59*) *conjurator* nennt, worauf sicherlich die Worte Cicero's (*de offic. 3, 31*) gehen: *nullum vinculum ad adstringendam fidem jurejurando majores arctius esse voluerunt; id indicant leges in XII tabulis.*

---

1) Diese (*praedia*) kommen meist nur als Anhang der Personen (*praedes*) in Betracht.

2) Die Behauptung Mommsens (Röm. Staatsr. I. *ed.* 2. S. 238 Anm. 1.), dass das ältere Obligationenrecht (wohl *plures rei debendi*, aber) keine Bürgschaft in unserem Sinne kenne, ist eine irrige; *sponsio* ist vor Allem Bürgschaft; in der Frage *idem spondes?* spricht sich bereits das Accessorische aus, und es war alter Satz, dass des *sponsor* (Bürgen) Obligatio nicht vererblich sei (Gai. 3, 120. 4, 113).

3) Ich habe noch die Wette genannt, welche einem idealen, nicht ökonomischen Bedürfniss genügen soll; ie hat etwas der Bürgschaft constructiv Verwandtes, denn auch bei der Wette liegt es nahe, den Wettversprecher, der eben die Wette anbietet, in den Vordergrund zu stellen und nicht die Acceptation, sondern die Offerte zu betonen; Bürgschaft und Wette haben namentlich dies gemeinsam, dass sie eine eventuelle Zusage enthalten: *a*) wenn der Delinquent nicht leistet, *b*) wenn ich meine Wette verliere; dort wenn die Erwartung, hier wenn die Behauptung sich nicht erfüllt: wodurch sich zugleich die Suspendirung der Leistung in einer sonst auf Zug um Zug gestellten Zeit ergibt.

4) s. Kuntze Lehre v. d. Inhaberpapieren (1857) S. 340. Danz D. sacrale Schutz (1857) S. 148. Anm. 13. Girtanner D. Stipulation (1859) S. 103. 107 ff.

Diese *sponsio* der *conjuratores*, welche zum *pactum conventum* wegen Delicts hinzutrat und demgemäß auch später noch nur zu einer *verborum obligatio* hinzutreten konnte (Gai. 3, 119), fand dann ihr jüngeres Abbild in der *fidepromissio* und in der *jurata operarum promissio* des *libertus*, der seinen bisherigen Herrn für das Geschenk der Freiheit abfinden und dies in einer die *sponsio* nachahmenden[1] Weise thun mußte.

B. Vom *ager Romanus* wendet sich nun unser Blick zur *Urbs*. Hier trifft er auf *aes et libra*, das rechte Symbol städtischen Verkehrs. Nicht als ob nicht schon auf dem Lande Geldgeschäfte hätten vorkommen können; aber sie sind da höchst selten gewesen, denn sein Vieh zieht sich der ordentliche Bauer selbst, und zum Verkauf von Vieh entschließt er sich nur in höchster Noth, zum Verkauf des Gutes niemals. Wozu also Erz und Wage? Aber im Stadtleben, das zur Parcellirung und Mobilisirung der Güter drängt, braucht und sucht und bietet man Geld, da kommen selbst die Grundstücke in Fluß, und die Mancipation, offenbar eigentlich auf Mobiliar angelegt, muß sich Anwendung auch auf Immobilien (und Rusticalservituten) gefallen lassen.

Wir fragen weiter, an welchen Stellen im (städtischen) Verkehr wohl das Geld eine Aufgabe zu erfüllen bekommt. Gewiß da, wo Werth gegen Werth geleistet wird, denn der Austausch ist der Grundfaden alles ökonomischen Verkehrs. Dies ist der Fall, 1) wenn ein nichtfungibles Stück gekauft, d. h. eine zur *familia* gehörige Sache feierlich erworben werden soll; hier tritt Geld gegen Waare; solche Waare, die dem Städter eher, als dem Landmann, feil ist, heißt *res mancipi;* 2) wenn fungibles Vermögen (*pecunia*) gesucht und geborgt, d. h. auf Rückgabe erworben wird. In beiden Fällen tritt das Geld hervor, dort wird es gegen Leistung von Waare, hier gegen Uebernahme der Restitutionspflicht gewonnen. Jenes ist die *mancipatio*, Verkauf einer *res* (*mancipi*); dieses das *nexum*, Verkauf, nämlich Selbstverkauf einer Person; jenes Kaufgeschäft, dieses Darlehnsgeschäft im wirthschaftlichen Sinne. Die ältesten unter den *Veteres*, wie Manilius, Gallus Aelius, auch noch Cicero (*de orat. 3, 40*) faßten beides unter dem Worte *nexum* zusammen, während Mucius Scaevola dieses Wort als technischen Ausdruck für die Anwendung des *gerere per aes et libram* auf's Darlehn vorbehielt[2].

Die Darlehnsverbindlichkeit ist die im Stadtgebiet auftretende Obligation, die neben der (Verbürgungs- und Wett-) Sponsion rasch an Boden gewinnt. Es ist ja bekannt, welche bedeutende und selbst politische Rolle das *nexum* unter den patricischen Kapitalisten und plebejischen Kleinbürgern spielte; in Rom setzte sich der Borger selbst ein (*per aes et libram*), in den Städten des Mittelalters setzte er sein Grundstück ein (Rentenkauf). *Sponsio* bei Deliktschulden und *nexum* als Darlehn sind beides reine Geldgeschäfte; sie haben *pecunia* zum Gegenstand, während die *mancipatio* naturgemäß sich vorzugsweise auf die *familia* bezieht. Schon in den XII Taff. treten die Begriffe *familia* und *pecunia* selbständig auf. Für das Intestaterbrecht heißt es da: *agnatus proximus familiam habeto — gentiles familiam habento! familia herciscunda* (unter Intestaterben); aber daneben heißt es: *uti legassit super pecunia* und dann: *si furiosus escit, agnat(or)um in eo pecuniaque ejus potestas esto!* Schwerlich können hier, in dem Lapidarstyl dieses

1) *Serv. ad Aen.* 8, 178: *in sacris Herculis liberi nec servi intererant, nec liberti: adeo ut Appius, qui sacra haec transtulit in libertos, caruerit oculis.* Vergl. Ballhorn-Rosen Z. Vorgesch. d. Röm. Rechts (1853) S. 52.

2) *Varro de L. L.* 7, 5, 105. *Fest. p.* 165 (Müll.).

Urcodex, *familia* und *pecunia*, gleichbedeutend seyn[1]; sie müssen verschiedene, qualitativ verschiedene Bestandtheile des Vermögens eines Römers bezeichnen, und an welchen Unterschied sonst liegt es da näher zu denken, als an den, welcher auf der Höhe des erwachsenen Rechtsverkehrs sich im Gegensatze der Fungibilien und Nichtfungibilien offenbart? Dieser Unterschied ist tief in der Natur der Dinge und des Menschen begründet, er muß sich überall und auf allen, auch den frühesten, Stufen der nationalökonomischen Entwicklung ankündigen.

Der Unterschied tritt zuerst in roher Naturform auf, dann aber nimmt er ein feineres, kunstvolleres Gepräge an; jene Form gehört der niederen Stufe des Tauschsystems, dieses Gepräge dem Kaufsystem an. Auf der ersten Stufe finden wir das Institut des Geldes erst vorbereitet, auf der zweiten in der Entwicklung und herrschend. Die Betrachtung der ersteren lehrt uns die Bedeutung der *res mancipi*, diejenige der zweiten die Begriffe von *pretium* und *pecunia* verstehen. Auf der zweiten Stufe erst konnte der Mancipationsritus zur Vollendung kommen.

Der Unterschied ist folgender: bei manchen Sachenarten tritt die Gattung hinter dem Individuum zurück, nämlich bei solchen, deren Individuen eine individuell-karakteristische Natur haben, leicht unterscheid- und merkbar und daher immer wieder zu erkennen sind, deren Individuen eben um dieser Natur willen auch dem Menschen individuell näher treten, und recht eigentlich seine wirthschaftliche Grundlage zu bilden, selbst mit seinen ethischen Motiven zu verwachsen geeignet sind[2]. Auf sie trifft der erstarkende Rechtssinn zuerst, wenn er anhebt, über den engsten Lebenskreis der Person, über die Unmittelbarkeit des *caput* hinauszublicken und ein Gebiet geordneten Waltens als rechtliche Dependenz des *caput* zu gestalten. Wo das Rechtsleben auf Seßhaftigkeit gegründet ist, wird der Grund und Boden, Haus und Hof diesen Grundstock abgeben, und immer bleibt der *fundus*, d. h. Acker- und Hausgrundstück das Urbild aller Güter dieser Art, d. h. der *res non fungibiles*. Weiterhin mag die gleiche Anschauung sich auf solche Sachen erstrecken, welche zur Bebauung des Bodens unentbehrlich das Grundbesitzthum gewissermaßen vervollständigen. So sehen wir, daß bei den Germanen die Gewere sich zunächst in Bezug auf Liegenschaften entwickelt und erst später und nur unvollkommen auf Fahrniß übertragen hat; bei den Römern mochte sich unter dem Einflusse plebejischer Impulse jene Erweiterung rascher und bestimmter vollziehen, und zwar geschah solches durch die Servianische Reform. In Betreff derselben ist die frühere Ansicht verworfen, daß alles Besitz-

1) Vergl. noch: *ex ea familia in eam familiam* betreffs der *hereditas liberti* (*fr.* 195. § 1. *de V. S. Ulp.*) und: *qui coronam parit ipse pecuniave ejus .... se fraude esto*, wo nach Plinius (*hist. nat.* 21, 5, 7) unter *pecunia* allerdings *servi equique* (aber wohl solche, die man feil hatte) verstanden seyn sollen; dazu *Cic. de leg.* 2, 24.

2) Gewisse Sachenarten stehen der menschlichen Persönlichkeit näher, als andere: gewisse *praedia* (Haus-, Garten- und Ackergrundstücke) und gewisse *pecudes* (Zug- und Lastthiere), also bearbeitetes Land und dressirtes Vieh (*arare, domare*), jene für den sitzenden, diese für den handelnden Menschen wichtig: sie ergänzen die Persönlichkeit des Kulturmenschen und gehören zur persönlichen und wirthschaftlichen Existenz und Subsistenz. Nach altrömischer Tradition hatte die Thierwelt im *jus naturale* ein gemeinsames Band mit der Menschenwelt, gewisse Thiere aber theilen ganz besonders mit dem Menschen das Gepräge des Individuellen und die Anlage zu grösserer Lebensdauer; sie gerade in die Familie eingeschlossen zu denken, lag daher einer einfachen und energischen Lebensanschauung nahe genug. Unter diesem Gesichtspunkt ist der Ackerstier der Gehilfe des Landmanns, *bos arator* (*Varro de re rust.* 2, 5), und Plinius (*hist. nat.* 8, 45) erzählt: *damnatus a populo die dicta, qui occiderat bovem, actusque in exsilium, tanquam colono suo interemto*. Die *jumenta* nahmen an den *feriae familiae* Theil. Zu allen Zeiten und noch heute liebt es der Mensch, solche Thiere, die ihm hauptsächlich zu persönlicher Unterstützung durch Dienste geschaffen sind, mit individuellen Namen zu belegen und dadurch als Individuen anzuerkennen; solche Thiere sind das Pferd, das Rind, aber nicht das Schaf und Schwein; jene sind Dienstthiere, diese sind Consumthiere. Vergl. Huschke Verfass. d. Serv. Tull. (1838) S. 121; Karlowa Röm. Civilproc. z. Zeit d. Legisact. (1872) S. 37. 208.

thum von Anfang an zum Censusvermögen gehörte, aber annehmbar ist auch die neuere Ansicht nicht, daß nur das Grundeigenthum in Rechnung kam, sondern das Richtige liegt in der Mitte: zum Censusvermögen gehörten das Grundeigenthum im engeren Sinn und alles dasselbe vervollständigende und den Militärdienst (die Kriegsbereitschaft) ermöglichende Besitzthum, m. e. W. alle *res mancipi*, d. h. die Objecte der eigentlichen staatsrechtlich anerkannten und controlirbaren *manus*, die durch die *mancipatio* als einzig zulässige Privatveräußerung umlaufenden Güter, rücksichtlich deren der Berechtigte als *manceps* bezeichnet ward; alle dieser Kategorie zugehörigen Sachen sind nichtfungibler Natur; sie gehören zur *familia*.

Bei anderen Sachenarten dagegen tritt das Individuum hinter der Gattung zurück: solche Sachen entziehen sich leichter dem unterscheidenden Blick und verlieren sich in der Menge, der Rechtssinn vermag an ihnen nicht so bald präcise Rechtsverhältnisse zu gestalten und festzuhalten; civilistisch unstät, also precäres Besitzthum und gleichsam wilde Sachen im Vermögen, scheinen sie nur lose mit demselben zusammenzuhängen, und sind ebenso ungeeignet, ein politisches Gewicht für den Staat, wie für den einzelnen Staatsgenossen zu behaupten; sie umschwärmen gleichsam die *res publica* und *res privata*, ohne eigentlich zu ihnen zu gehören. Factisch vielleicht von hohem Werth, wenn sie in größeren Mengen zusammengefaßt sind, werden sie doch vom strengen Rechtsstandpunkt aus ursprünglich ignorirt, sich gleichsam selbst überlassen, und somit können sie ohne Umstände im gewöhnlichen Tauschverkehr von Hand zu Hand wandern, bez. auch im genossenschaftlichen Turnus vertheilt werden. Sie werden nicht mit festgeschloßner Hand, sondern zu freier Bewegung gehalten, nicht gehegt, sondern ausgetrieben; wer sie eben hält, der hat sie und mag sie sich wahren: Verlust des Besitzes ist auch Verlust des Rechts, das Recht hat sich hier noch nicht dem Schoße des Besitzes entwunden[1]. Das ist ein Kriterium, welches bei gewissen Arten mobiler Werthe, solchen nämlich, die vorzugsweise zum Verkehrsumlauf neigen und ihm zu dienen geeignet sind, auf jeder Stufe der Rechtsgeschichte wiederkehrt; bei den Römern ward es im Begriffe der *res nec mancipi* fixirt: es sind die Sachen, an denen ursprünglich keine rechtliche, nur eine factische *manus* galt, und für deren Veräußerung daher die *mancipatio* nicht bestimmt seyn konnte. Die *mancipatio* gab Eigenthum, nicht Besitz, der Umlauf der *res nec mancipi* aber vollzog sich im Wege des Besitzwechsels, und folglich konnten diese bei der *mancipatio* nicht als Veräußerungsobject (Waare), sondern nur als Veräußerungsmittel (Aequivalent an Fungibilien) in Betracht kommen: als solche bezeichnen sie den Uebergang vom Tausch- zum Kaufbegriff. Der Unterschied der Fungibilien und Nonfungibilien ist der wichtigste allgemeine Verkehrsunterschied im Gebiete der Werthsachen; er kann gleichsam verborgen bleiben in dem äußerlichen Unterschied des Mobiliars und Immobiliars (z. B. lange Zeit bei den Germanen) oder in einer freieren und kunstvolleren Form auf- und hervortreten: die *res mancipi* sind die nicht vertretbaren Sachen in altröm. Auffassung und im politischen Zusammenhang der damaligen Gesellschaftsordnung.

Tausch und Kauf unterscheiden sich als eine niedere und eine höhere Stufe der Wirthschaftsentwicklung; wie verhält sich dazu der Unterschied der fungiblen und nichtfungiblen Sachen? Hier setzt sich das Kriterium in das

1) Eine Reminiscenz an solchen Rechtszustand scheint dem *Nerva fil.* vorzuschweben, wenn er schildert, wie das *dominium rerum* aus der *naturalis possessio* erstand (*fr.* 1. § 1. *de acquir. poss.* 41, 2).

der größeren oder geringeren ökonomischen Beweglichkeit um, und Folgendes kommt dabei in Betracht. Auf der ersten Stufe ist wenig Bedürfniß der Güterbewegung; die *gens,* das Haus freut sich selbstgenugsam seiner wirthschaftlichen Abgeschlossenheit, welche zugleich Unabhängigkeit ist; wo aber die Bewegung anhebt, scheiden sich zwei Güterkreise, und der wirthschaftliche Familiensinn wird nunmehr einen festen und einen flüssigen Bestand des Vermögens auseinanderhalten, um diejenige Habe festzuhalten, auf welche die ganze Einrichtung von Haus und Heerd, Kind und Kegel basirt ist, und diejenige Habe, welche mehr nur dem jeweiligen Interesse und wechselnden Zwecken dient, frei und preiszugeben. In jenem Kreise waltet das Familienhaupt als in seiner Welt nach gewissen Regeln, über diesen schaltet er ganz nach Belieben; jenes steht unter seiner Verwaltung, dieses zu seiner Verfügung. Jenes Gut ist relativ unbeweglich und untheilbar, dieses aber ganz besonders mobilisirt und parcellirbar. Der ganze Unterschied fällt mit dem der nichtvertretbaren und vertretbaren Sachen zusammen, in alter Zeit mit dem der *res mancipi* und *nec mancipi;* die letzteren durften nach den XII Tafeln auch von Frauen beliebig veräußert werden[1]; es sind diese Sachen größtentheils geeignet, den in der festen Habe ruhenden Werth in Theilen auszudrücken, in Fluß zu bringen und für den Verkehr zu repräsentiren, zu parcelliren, zu mobilisiren. So stehen auf der Stufe roher Ackerwirthschaft dem Immobiliar überhaupt die Semoventien, dann dem Haus- und Gartengrundstück das offene Wald- und Weideland, dem Acker das Getreide, dem Großvieh das Kleinvieh, endlich dem Acker und Vieh das Erz (als Scheidemünze) gegenüber. Pecunia war der allgemeine Ausdruck für diesen Theil des Besitzthums, der sich der *familia* anhängte, *familia pecuniaque* also der Ausdruck für das gesammte Vermögen an *res mancipi* und *nec mancipi*[2] und soviel als *heredium peculiumque,* und es läßt sich sagen, daß zum Census das *patrimonium* oder die *familia,* d. h. der Kreis der *res mancipi,* welche dem Römer als *herus* oder *manceps* gehörten und sein *caput* bestimmen und bilden halfen, gerechnet ward, das *peculium* aber, oder die *pecunia,* d. h. der Kreis der *res nec mancipi,* welche das freie Kapitalvermögen bildend dem Römer als *dominus* gehörten, außer Ansatz blieb und nicht als Vermögen im staats- und civilrechtlichen Sinn galt. Bedeutet wirklich *familia* in letzter Wurzel die Wohnstätte[3], so liegt die Wesensübereinstimmung mit *heredium* zu Tage; *peculium* und *pecunia* aber verrathen sich von selbst als Zweige Eines Stammes (*pecus*). Beide Zweige sind emporgewuchert, haben manche Wandelungen erfahren und sich allmählich von einander entfernt, aber in beiden klingt als Grundton die Bedeutung der *res nec mancipi* nach; beide lebten ineinandergeschlungen fort in jenem altrömischen Bauernspruch, welchen uns Proculus aufbewahrt hat: *pecunia sine peculio fragilis est*[4]; beides drückt hier erspartes Kapital aus, aber mit verschiedener Tendenz. *Peculium* ward später als *pusilla pecunia* definirt[5], es war der als Nothpfennig zurückgelegte Vorrath[6], dasjenige Gut, was sich vom Grundstock des Vermögens (*patrimonium* — *dos*) leicht absondern und dem Kinde, dem Sklaven, der Gattin zu selbstthätiger Verwendung übergeben ließ[7]. Der Schwesterausdruck *pecunia* aber nahm

1) Gai. 2, 47. 81. 83.
2) nicht wie Lange I. § 30. S. 109: Hauswesen und Viehstand, oder Andere wollen: Sklaven und Viehstand.
3) s. Rossbach Unters. über d. Röm. Ehe, S. 14. 15.
4) *fr.* 79. § 1. *de legat. III.* — 5) *fr.* 5. § 3. *de pecul.* 15, 1.
6) *fr.* 79. *cit. nummi repositi.*
7) *fr.* 9. § 2. *de jure dot.* 23, 3; *fr.* 31. § 1. *de donat.* 39, 5.

eine doppelte Richtung, indem er theils sich erweiterte (parallel dem Begriffe *bona*), zur Bezeichnung des ganzen Vermögens und zur Identität mit *familia* oder *patrimonium* erhob, theils sich einschränkte und die modernste und eminenteste Fungibilie, das gemünzte Geld (*pecunia numerata*) bezeichnete, wofür der ältere Ausdruck *aes* schlechthin gewesen war[1]: Geld ward ja später die beliebteste und kräftigste Form des Privatvermögens[2], aber es blieb ihm auch die Bedeutung des verwendbaren beweglichen Kapitals, welches sich zum Grundstock des Vermögens verhielt, wie die Provinz zum *fundus Italicus*[3]. Die Ausdrücke *dominium* und *bona* endlich schwangen sich zur Ebenbürtigkeit mit dem vollen Recht (*jus Quiritium*) an dem *patrimonium* oder der *familia* auf, und lösten sich gänzlich von der Idee des *peculium* ab[4]: eine Entwicklung, welche mit der Ausbildung des *nexum*, der Schwesteridee der *manus*, zusammenzuhängen scheint. Wie der Patron seinen Clienten Herden ausgeliehen hatte, so lieh dann der Patricier dem verkommenen Plebejer Getreide und Erz, diese neueren *res nec mancipi;* der Lehnsherr ward zum Schuldherrn, und wer auf die *bona* (*aes alienum*) Anspruch hatte, beherrschte zugleich das *caput*, ein Gedanke, welcher in dem Darleihgeschäft den treffenden und energischen Ausdruck fand, daß der hilfsbedürftige Plebejer sich selbst, d. h. seine Person sammt was ihr anhängig (*corpus, caput, familiam*) an den Darleihenden gegen die Darlehnssumme (als Preis) gewissermaßen verkaufte. So unterschied sich das *nexum* von der *mancipatio*, mit der es grundbegrifflich identisch war, nur darin, daß, während bei dieser auf der *merx* der Verkehrsnachdruck lag, bei jenem das *pretium* den eigentlichen Geschäftszweck bildete, m. a. W. daß es dort auf den Umlauf von *res mancipi*, hier von *res nec mancipi* abgesehen war. Letzteres setzt aber eine beträchtlich zunehmende Bedeutung der *res nec mancipi* und namentlich der *pecunia numerata* voraus, daher das *nexum* sich erst nach der *mancipatio* völlig entwickeln konnte. Die Gestalt des *nexum* gehört vorzugsweise der folgenden Periode (der ersten Hälfte derselben) an; in unsrer Periode wog das Vieh noch vor, das Erz stand zurück, alle Bußen (*mulctae*) waren in Viehstücken angesetzt, auch Servius Tullius führte noch nicht gemünztes Geld ein, sondern erfand nur, indem er Erz nach Gewicht geben ließ, einen allgemeinen Werthmesser, und lehrte das bis dahin rohe und formlose Metall (*aes rude*) in Barren gießen, die mit Marken versehen wurden[5]. Auch trat die Wage an die Stelle der früheren Abschätzung des Gewichts mit freier Hand, und wie das Maximum der auf der Hand freischwebend zu erhaltenden Last *libra* genannt worden war, so erhielt jetzt die Wage selbst diesen Namen[6].

Die Ansichten über Ursprung und Grund des Unterschieds der *res mancipi* und *nec mancipi* gehen sehr auseinander[7], und doch liegen sie vielleicht nicht so weit auseinander, als es scheinen kann und zumeist angenommen

---

1) Voigt d. *jus natur.* d. Römer II. S. 155.

2) *Cic. Top. c. 5.; de invent.* 2, 21; *de legib* 2, 19; *fr.* 178. *pr.* u. *fr.* 187 222. *de V. S.; l.* 22. *C. de admin. tutor.* (5, 37.) Vgl. auch Voigt *Jus naturale* III. 2. S. 709. und Kuntze Ueb. d. Erbeins. auf best. Nachlasst. (1875) S. 10.

3) *fr.* 35. *de hered. instit.* 28, 5. — 4) *fr.* 182. *de V. S.*

5) *aes signatum* mit Typen des Rinds oder Schafs: Plin. H. N. 18, 3. u. 33, 13.

6) Vergl. Mommsen Gesch. d. röm. Münzwesens S. 171; Röm. Gesch. I. S. 198—207; Lange I. § 35. Kenner l. d. Sitzungsberichten d. Wiener Acad. Philos.-hist. Cl. (1863) S. 382. 391; Karlowa Röm. Civilproc. z. Zeit d. Legisact. S. 36—41. Huschke d. alte röm. Jahr, S. 278.

7) Sie sind oft zusammengestellt und kritisirt worden: vergl. Schilling Bemerkgn. üb. Röm. Rechtsgesch. (1829) S. 152—163. Joh. Christiansen d. Wissensch. d. röm. Rechtsgesch. S. 353 ff.; Huschke Verf. d. Serv. Tull. S. 250 ff.; Ders. Recht d. *nexum* S. 200 ff. Puchta Curs. d. Instit. II. § 238; v. Keller Grundr. z. Vorles. (1854) S. 25 ff; Böcking Pand. d. röm. Privatr. (*ed.* 2.) I. § 73; Rein Privatr. d. Römer S. 241 ff.; Plange Ueb. *res mancipi* und *nec manc.* (1858); Lenz R. d. Besitzes (1860) S. 262 ff. Lange Röm. Alterth. I. § 34. Schmidtlein Arch. f. civ. Pr. IX. S. 173 ff.; Glmmerthal D. public. Klage und die Mancipation (1872) S. 15 ff.; Danz Lehrb. d. Gesch. d. R. R. I. (*ed.* 2.) § 119.

wird. Unter besonderer Berücksichtigung der noch neuerdings von Danz ausführlich vertheidigten Ansicht, daß der Unterschied lediglich aus der Behandlung der Kriegsbeute herstamme, empfiehlt sich mir folgende Auffassung. Gehört die Eintheilung wirklich der ältesten Zeit an, so muß ihre Wurzel in der ackerwirthschaftlichen Lebensgestaltung liegen; aber sie muß dann auf städtischen Boden versetzt und in Zusammenhang mit der Censusverfassung gebracht worden seyn; und außerdem mag die häufige Wiederholung des Verwendens der Kriegsbeute Anlaß gegeben haben, auch dabei den durch obige Gesichtspunkte gegebenen Unterschied grundsätzlich zur Geltung zu bringen. Hiernach wären *res mancipi* die Grundstücke (*praedia qualiter se habentia*, d. h. mit ihrer Ausstattung an Rusticalservituten) sammt Allem, was an lebendigem Inventar zur ordentlichen und dauernden Bewirthschaftung eines Gutes und gewissermaßen mit zum eigentlichen Familiengebiet[1] gehört und den werthvollsten Bestand des bürgerlichen Besitzthums ausmacht (*res pretiosiores: Gai. 1, 192*), also *servi, boves, equi, muli, asini,* sofern sie zum Dienst als *jumenta* bestimmt sind (*animalia domita*)[2]. Wie sie eine wirthschaftliche Einheit mit dem *praedium* und der *familia* bilden, so kommen sie alle beim Census in Anschlag, denn sie bilden das Territorium des einzelnen Bürgers. Der Staat nimmt eben darum Akt von diesem Bestande; ein Wechsel darin ist ihm nicht gleichgiltig, weil er die Classenordnung berührt, und so muß er[3], wenn es sich um Vertheilung und Verwerthung der Beute handelt, zunächst die *res mancipi* in seine Hand nehmen, um sie nur durch seine Hand und mithin unter öffentlicher Controle und Constatirung in Privatbesitz gelangen zu lassen[4]. Die *res mancipi* also fallen dem Staat zu, so gut wie *aes, aurum et argentum*, was unmittelbar dem *aerarium* zufließt[5], und nur das übrige Mobiliar kann den *milites* preisgegeben werden (*sarcinae* und *supellex: Polyb. 10, 16;* und warum nicht auch Schafe und was sonst *gregatim habetur?*). Wer solche *res mancipi* aus der Hand des *nomine populi* verkaufenden Quästor — *sub hasta, sub corona* — erwarb, hatte freilich das Erworbene so sicher, wie wer heute seinen Grundstückserwerb in das Grundbuch ingrossiren läßt, und dadurch erklärt es sich, daß *manceps* vorzugsweise der hieß, *qui quid a populo emit*[6] und *mancipium* oder *mancipatio* wohl auch vorzugsweise der Kauf (Ersteigerung) vom Quästor.

Eine ganz abweichende Ansicht hat, nachdem schon Hugo[7] sich für einen späteren Zeitpunkt der Entstehung jenes Sachenunterschieds ausgesprochen, neuerdings Voigt[8] ausgeführt. Er meint, ursprünglich seien alle Arten von Sachen der Mancipation empfänglich gewesen, und erst im 2. Jahrh. v. Chr. habe man die Unterscheidung aufzustellen angefangen. Er meint, weder die alten Formen *nec* und *mancipi* bewiesen höheres Alter, weil sie sich auch später fänden, noch auch der Bericht des Gaius (2, 47), weil er falsch sei, denn er messe da den XII Taff. ein weit später erst entstandenes Resultat der Rechtsentwickelung bei; letzteres sucht Voigt aus Reden des ältern Cato (*Liv. 34, 2*) und Cicero (*pr. Murena 12; pr. Flacco 34;* dazu *ad Att. 1, 5, 6*) und dem hypothetisch restituirten Wortlaut der *constitutio Rutiliana* (aus der Zeit um 108 v. Chr.) zu begründen, und er führt weiter aus:

1) s. oben Exc. S. 11—13.

2) Durch *domari* werden sie der *domus* oder *familia* einverleibt und ständiges Besitzthum, nun sind sie nicht mehr feil.

3) Die *praedae sectio* allein würde den Sachverhalt nicht erklären.

4) vergl. die Anklage gegen Coriolan bei Dion. 7, 63 und 8, 30.

5) um einen Kriegsschatz zu haben: vergl. Liv. 31, 9. — 6) *Paul. Diac. v. manceps.*

7) Röm. Rechtsgesch. (*ed.* 11.) S. 187. — 8) Das *jus naturale etc.* d. Römer IV. 3. S. 543—570.

weder in den XII Taff., noch bei Plautus und in der *lex Cincia,* sondern erst in der *constitutio Rutiliana* werde jener Unterschied angenommen, diese sei das erste feste Zeugniß, und aus Varro (*de re rust. 2, 1, 13—15; 2, 8, 3* und *2, 10, 41*) ergebe sich, daß weder von ihm, noch auch in den *leges Manilianae* der *asinus, equus* und *bos* (und bez. *mulus*) zu den *res mancipi* gerechnet, diese folglich erst später unter sie eingereiht worden seien.

So inventiös diese Combination ist, so wird sie doch schwer Eingang finden, weil das vereinzelte Vorkommen archaischer Formen in der gewöhnlichen Schreibweise noch nicht beweisend ist für die Bildung technischer Ausdrücke; weil in der *familia* und *pecunia* der XII Tafeln der fragliche Unterschied enthalten seyn dürfte; weil es mißlich ist, dem Gaius, der einen Commentar über die XII Taff. verfaßte, Vergeßlichkeit in Betreff eines Hauptsatzes derselben und Vermengung ihres Rechts mit einem um mehrere Jahrhunderte späteren Recht zu imputiren und dagegen auf Nichtjuristen wie Plautus und Varro zu viel Gewicht zu legen; weil nicht einzusehen ist, warum im 2. Jahrh. v. Chr. noch eine hohe Schranke zwischen italischen und provinziellen Grundstücken aufgerichtet worden seyn sollte, und in dieser Zeit neben den Rusticalservituten nicht auch Urbanservituten zu den *res mancipi* hinzugezogen worden; weil kein Bedürfniß erfindlich ist, die einmal anerkannte *traditio rerum* bei *res mancipi* wieder auszuschließen [1], und endlich nicht wahrscheinlich ist, daß, wie Voigt annehmen muß [2], nachträglich in dieser Zeit den Frauen die Selbständigkeit in Betreff der Veräußerung wieder eingeschränkt worden sei [3].

## II.

## Die zwei Typen des Rechtsverkehrs.

Ein durch den Gegensatz des Sacralen und Profanen gegebener Dualismus ist schon von Anderen, z. B. rücksichtlich der Ehe von Wächter [4], bemerkbar gemacht worden. Auch Ihering (Geist des Röm. Rechts I. § 19) hat den Versuch einer Gegenüberstellung beider Systeme, des religiösen und des profanen, gemacht, daneben aber seine Bedenken gegen die Durchführbarkeit und Nachweislichkeit nicht verhehlt; noch entschiedener bestreitet Roßbach [5] „den vermeintlichen Gegensatz zwischen religiöser und bürgerlicher Eheschließung“, während Andere gerade in der *confarreatio* und *coemtio* den angenommenen Gegensatz noch am deutlichsten ausgeprägt finden. Meines Bedünkens fällt eines der Hauptbedenken hinweg, wenn der Gegensatz nicht auf nationale [6], sondern auf sociale Elemente zurückgeführt wird; nicht daß die Plebs nicht sabinischen (oder nicht etruskischen) Ursprungs war, sondern weit mehr, daß ihre Entwicklung eine weltlich-bürgerliche und weltlich-militärische wurde, ist das Entscheidende. Wenn Roßbach dann betont, daß sacrale und bürgerliche Eheformen vielfach ineinander geflossen seien, so erkennt er doch selbst an, daß bei der *confarreatio* die religiöse Feier das wesentliche, bei der *coemtio* nur ein secundäres, zufälliges und individuell willkürliches Element gewesen sei, und wenn bei anderen Völkern die Sacral-

1) zu einer Zeit doch, wo gerade der Prätor den Publicianischen Schutz für *res mancipi* einführte und damit im Geiste der Zeit handelte.

2) Voigt (S. 548) selbst sagt, dass diese Neuerung der ganzen Zeitrichtung widerstrebte.

3) Vergl. auch Gai. 1, 192; 2, 80. — 4) Ueber Ehescheidung bei den Römern (1822) S. 30.

5) Untersuchungen über die Römische Ehe (1853) S. 186 ff.

6) Das nationale oder stammliche Element ist zu sehr betont bei Hegel Philos. d. Rechts S. 73, Puchta Instit. I. § 39. 40., Joh. Christiansen D. Wiss. d. röm. Rechtsgesch. S. 112. 135. und Instit. S. 90., Lenz Ueb. d. geschichtl. Entsteh. d. Rechts S. 140. 150 ff., Stahl Philos. d. R. II. 1. § 96., C. A. Schmidt D. princip. Untersch. des röm. und german. R. I. (1853) S. 24 ff. Vergl. auch C. Hegel Gesch. d. Städteverfass. v. Italien I. S. 5.

und die Kaufehe mehr ineinander zu fließen scheinen, so beweist das nichts gegen die strengere Auseinanderhaltung bei einer so juristisch und präcis angelegten, allem Verschwimmen und Verwischen so abholden Nation, wie die römische war.

Ich trage kein Bedenken, einen Dualismus festzuhalten, welcher wie eine helle Leuchte in die Dämmerung unserer Periode hineinwirkt und an die Stelle des Chaos deutliche Gestalten ruft. Freilich sind diese Urgestalten in den folgenden Perioden beträchtlich abgeflacht und bezieh. entseelt, so daß wir rückwärts zu schließen genöthigt sind und auf der Bahn der Hypothesen straucheln können; aber es thut der Klarheit unsres Standpunktes keinen Abbruch, wenn wir annehmen, daß die sacralen Formen, indem sie sich dem weltlichen System zu nähern genöthigt waren, zum Theil in einfache publicistische Formen (Autorisation der Comitien, Assistenz des Magistrats) übergingen, und daß die auf dem *gerere per aes et libram* beruhenden Formen allmählich das *agere per verba* (*nuncupatio, verba damnationis*) in sich aufnahmen und theilweise zur Herrschaft kommen ließen. Unter Berücksichtigung dieser zwiefachen (convergirenden!) Wendung dürfte sich obige hypothetische Gegenüberstellung der sacralen und profanen Reihe wohl empfehlen, um so mehr, als mit einer solchen scharfen Gegenüberstellung nicht eine absolute Kluft zwischen beiden Lebenskreisen befestigt werden soll: die Elemente des Profansystems waren den Patriciern nicht schlechthin fremd; ich meine nur, daß sie im plebejischen Rechtsleben, wo sie nicht durch sacrale Tradition und Ordnung verdeckt und gebunden lagen, klar und unverkümmert, rasch und entscheidend zum Durchbruch kamen und die Bedeutung wirklicher Rechtsprincipien gewannen.

| | **Sacra et auspicia.** (*Pontifices, Curiae, Magistratus*). **Publicistischer Typus.** | **Aes et libra.** (*V testes ac libripens*). **Civilistischer Typus.** |
|---|---|---|
| I. *Caput.* | *Consecratio capitis.*<br>*Supplicium* (Gott).<br>*aqua et igni interdictio.*<br>**Büßung, Sühne, Reinigung.** | *addictio* (*furis, obaerati*), *noxae deditio.*<br>*poena* (Geld).<br>**Zahlung der Strafsumme.**<br>**Lösung, Loskauf.** |
| II. *Manus.* | | |
| 1. *patria potestas:* | *arrogatio* (*curiae, pontifex*). | *adoptio* (*per mancipationem*). |
| 2. *domini potestas:* | *manumissio vindicta.* | *manumissio coram quinque amicis.* |
| 3. *manus* (*matrimonii causa*): | *confarreatio.* | *coëmtio.* |
| III. *Hasta.* | | |
| 1. *Commercium.* | | |
| A. *inter vivos:* | | |
| a) *res corporales:* | *in jure cessio.* | *mancipatio* (*rerum*). |
| b) *res incorporales:* | *sponsio* (und *in jure confessio*). | *nexum.* |
| B. *mortis causa:* | | |
| a) *bona:* | *testamentum calatis comitiis.* | *testamentum per aes et libram.* |
| b) *res singulares:* | *legatum per vindicationem.* | *legatum per damnationem* (*liberatio per aes et libram*). |
| 2. *Judicium* (*lis*). | *legis actio sacramento.* | *legis actio per manus injectionem.* |
| | *in jus vocatio.* | *domum deductio.* |

# XXI. Kapitel.

## V. Privatrechtspflege.

(*hasta, actio*).

(Zu § 93-96.)

### Die *Centumviri* und *Decemviri litibus judicandis*.

Zu § 96] Wenige Institutionen der Röm. Rechtspflege sind von einem so ehrwürdigen Nimbus umgeben, wie der Gerichtshof der Centumviri, und doch ist sowohl der Ursprung als der Untergang desselben[1] in ein Dunkel gehüllt, welches bis jetzt keiner Leuchte der Forschung hat weichen wollen; in Betreff beider Zeitpunkte differiren die Ansichten der bewährtesten Forscher um Jahrhunderte. Ebenso zweifelhaft ist das genetische Verhältniß der *Decemviri litibus judicandis* zu jenem größeren Gerichtshof. — Die hauptsächlichen Anknüpfungspunkte für die bisherige Forschung sind I. die spätere Zeit anlangend: 1) einige Stellen bei Cicero (namentlich *de orat. 1, 38—40; pr. dom. 29.* und *pr. Caec. 33*), aus welchen entnommen wird, daß zu dessen Zeit jene Decemvirn für Streitigkeiten über den *status libertatis* und *civitatis*, die Centumvirn für Eigenthums- und besonders Erbstreitigkeiten competent waren[2]; 2) die Bemerkung des Sueton (Octav. 36), daß durch August die Decemvirn (an Stelle der Exquästoren) mit dem Amte die Centumvirn zu versammeln betraut worden seien. II. Die frühere Zeit anlangend: 1) eine Mittheilung des Pomponius: *deinde cum esset necessarius magistratus, qui hastae praeesset, Decemviri litibus judicandis sunt constituti*[3], und 2) die *lex Valeria Horatia* unmittelbar nach Absetzung der *decemviri legibus scribundis* (449 v. Chr. 305 d. St.), welche bestimmte: *ut qui tribunis plebis aedilibus judicibus decemviris nocuisset, ejus caput Jovi sacrum esset*[4].

Daß diese letztgenannte Sanction von den (späteren) Römern selbst auf irgend welche Gerichtshöfe bezogen worden, davon findet sich in den Quellen keine Spur; die Spruchrichter unter besonderen Götterschutz zu stellen, das reimt sich auch wohl kaum mit der Röm. Anschauung und den Functionen bloßer Urtheilsfinder; die Tribunen und Aedilen waren Beamte (der Plebs): so liegt es nahe, auch unter den *judices* und *decemviri* an Beamte (der Plebs) zu denken. Wie Livius (3, 55) erwähnt, nannte man zu Zeiten die Consuln „*Judices*", zwar hinzufügend, daß in der Zeit der XII Tafeln nicht dieser Ausdruck, sondern „*Praetores*"[5] für Consuln der übliche gewesen sei; indeß war doch unter den Römern selbst die Ansicht vertreten, daß mit jener Sanction die Consuln gemeint gewesen seien. Also jedenfalls nur an Beamte, nicht an Geschworene, und nur an plebejische Beamte darf gedacht werden, und zwar natürlich an solche plebejische Beamte, welche eben damals bestanden oder in Aussicht genommen waren. Letzteres ist hinzuzufügen, denn die *lex Valeria* fiel in eine Zeit tiefster Erregung und principieller Reconstruirung des Staatswesens, an dessen Leitung die Plebejer betheiligt seyn wollten mit dem Bestreben, zugleich eine Gewähr dafür zu haben. Den Tribunen und Aedilen der Plebs ward von Neuem *sacrosanctitas* gewährt und daneben nun der *Judices Decemviri* gedacht. Winke für deren Bedeutung und Amt können wir nur aus der damaligen Situation empfangen. Welche war diese? Privat- und Staatsrecht zu reformiren war die Aufgabe der *Decemviri legibus*

---

1) Paulus (*fr. 30. de lib. leg. 34, 3*) erwähnt das Gericht noch als thätig.
2) s. v. Keller Röm. Civilproc. § 6.
3) *fr. 2. § 29. de O. J.* (1, 2.). — 4) *Liv* 3, 55.
5) Vergl. *Plin. hist. nat* 18, 3: *Impubem Praetoris arbitratu verberari jubebant XII tabulae.*

*scribundis* gewesen; die Plebejer wollten Antheil am *imperium*, offenbar wollten darum die Patricier Beseitigung der einfachen Doppelmagistratur, Decemvirn waren an ihre Stelle getreten; das Decemvirat war nicht als eine ganz vorübergehende Einrichtung gemeint, denn die alte Verfassung war aufgehoben, und Livius (3, 33) stellt die Staatsumgestaltung an Wichtigkeit der Abschaffung der *regia potestas* gleich. Man hat mit Recht bemerkt, daß, wenn das Decemvirat nur eine mit ganz vorübergehendem Zweck gewollte außerordentliche Behörde gewesen wäre, nach ihrem Sturze nicht feierliche Wiederherstellung der alten Verfassung durch die Valerisch-Horatische Gesetzgebung erforderlich gewesen wäre. Auch hörten bekanntlich die Bestrebungen, eine aus Patriciern und Plebejern gemischte Regierung an die Stelle des Consulats zu setzen, nicht auf; wenige Jahre später führte man das consularische Militärtribunat und die Censur ein. Man ersieht hieraus das längere Schwanken in der Gestaltung des Regiments, und vor Allem treten uns in dem kritischen Zeitpunkte selbst neue transitorische Erscheinungen entgegen. Nach Liv. 3, 55 wurden während der Secession von den zwei plebejischen Heerkörpern je 10 *tribuni militares* gewählt und ihren Angelegenheiten vorgesetzt; zwischen den Patriciern und Plebejern ward wie zwischen fremden Staaten verhandelt, und Angesichts dieser Thatsache dürfte die Erinnerung am Platze seyn, daß *Judices* ein vielfach angewendeter Ausdruck für Behörden war, ja daß bei Cicero und Varro (bei *Nonius p. 362 G*) die Fetialen *oratores* und *judices* genannt werden[1]. Könnten nicht also in den *leges Horatiae* unter den *judices* die plebejischen Vertreter und Abgesandten zu verstehen seyn? Und Pomponius (*fr. 2. § 25. de O. J. 1, 2*) erzählt: *tribuni militum, partim ex plebe partim ex patribus, constituti sunt vario numero: interdum enim viginti fuerunt, interdum plures, nonnunquam pauciores;* also soll die Zwanzigzahl die Norm gewesen, folglich 10 auf die Plebs gekommen seyn. Auch diese plebejischen Magistrate mußten für sacrosanct erklärt werden. Das sind freilich Hypothesen, wie alle die Gespinnste, mit welchen man sonst noch diese Valerischen *Decemviri* umgeben hat. Gewiß ist nur dies, daß die *lex Valeria* nicht von *decemviri stlitibus judicandis* spricht, und daß dieser Titel — abgesehen von der Stelle des Pomponius — nicht vor dem 2. Jahrh. v. Chr. nachweisbar ist.

Mit unserer Hypothese nähern wir uns am meisten der von Niebuhr[2] aufgestellten; der Unterschied ist, daß dieser, den Fingerzeig betreffs der Consuln abweisend, die „*Judices*" auf den Centumviralhof und nur die „*Decemviri*" auf die künftigen Oberbeamten bezogen wissen will. Später wurden allerdings die Centumvirn zuweilen einfach als *Judices* bezeichnet, so bei Plin. Ep. 5, 21: „*Sedebant judices, Decemviri venerant, . . . tandem a praetore nuntius; dimittebantur Centumviri*"; daß aber schon in der Zeit der XII Tafeln diese Bedeutung vorgekommen, ja herrschend und technisch genug gewesen sei, um in einem Gesetze einfach stehen zu können, wird, scheint mir, durch die Andeutungen des Livius widerlegt; außerdem spricht gegen Niebuhr dessen weitere und von seinem Standpunkt aus unvermeidliche Annahme, daß der Centumviralhof eine specifisch plebejische Einrichtung gewesen sei, was dem Karakter desselben in der Zeit, aus welcher allein wir sichre Nachrichten besitzen, entgegen ist. Anders Huschke[3], welcher, das Komma zwischen „*Judicibus Decemviris*" streichend, dieselben für im Wesentlichen identisch

1) Lange I. § 49. — 2) Röm. Gesch. II. S. 366. 416.
3) Verf. des Serv. Tull. S. 598 u. 607.

mit den später genannten *Decemviri stlitibus judicandis* hält. Allein die Wortfolge „*Judices decemviri*" (statt „*Decemviri judices*") und überhaupt eine solche Verbindung des Wortes *Decemvir* mit *Judex* dürfte kaum der Röm. Diction gemäß seyn, und entgegen steht ferner, daß Pomponius[1] die Gerichtsdecemvirn ausdrücklich als in einer weit späteren Zeit „*constituti*" nennt; nun wiederholt sich in der langen geschichtlichen Darstellung des Pomponius kein Wort so häufig, als „*constituere*" (s. dort § 10—12. 17. 18. 21—26. 32), aber immer in dem markanten Sinn des neuen Einrichtens und Einsetzens; statt dessen nimmt Huschke eine bloße Reform und zwar der Art an, daß die Decemvirn auf eigentliche Vindicationsprocesse eingeschränkt und für die *hasta* als Richtercollegium, wie später die Centumvirn, anerkannt worden seien, während sie früher *ex provocatione* in allen Processen competent gewesen. Wie aber konnte Pomponius eine solche Einschränkung als Einsetzung bezeichnen? und sollte er — freilich ein ziemlich unzuverlässiger Berichterstatter — er, der Jurist, wirklich eine so eminente Unrichtigkeit aufstellen, welche das Gericht um mehrere Jahrhunderte zu spät entstehen läßt? Auch ist keine Spur davon vorhanden, daß die Gerichtsdecemvirn die *hasta* und die Vindicationsprocesse gehabt hätten; Belege sind höchstens dafür anzuführen, daß sie (später) Statussachen hatten, und nach Pomponius („*magistratus, qui hastae praeesset*") bestand die neue Einrichtung darin, daß Decemvirn mit dem Karakter von Magistraten den Vorsitz, bez. das Instructionsamt für die Vermögensprocesse haben sollten.

v. Bethmann-Hollweg[2] versteht unter „*Judices*" die Centumvirn und unter „*Decemviri*" die Richterdecemvirn. Sollten aber wirklich in der alten Zeit schon zwei selbständige Richtercollegien geschaffen worden, und in jenen einfachen Gesellschaftsverhältnissen, wo die Sklavenmenge gewiß noch gering und der Verkehr mit Pereginen gewiß noch schwach war, das Bedürfniß eines besonderen Gerichtshofes für Statussachen gewesen seyn? Ueberdies ist es höchst unwahrscheinlich, daß in einem unmittelbar mit der Absetzung der *decemviri* (*legibus scribundis*) zusammenhängenden Gesetze mit dem Worte „*Decemviri*" eine ganz andere Behörde bezeichnet worden seyn sollte.

Wie über die fraglichen Worte der *lex Valeria Horatia*, so gehen auch über die Zeit der Entstehung der beiden Gerichtshöfe die Ansichten weit auseinander. Niebuhr[3] versteht die Nachricht des Dion. 4, 25, daß Servius Tullius für Privatprocesse Spruchrichter angeordnet habe, als Einsetzung des Centumviralhofs, der aus den Volkstribus hervorging, und hält sich betreffs der Richterdecemvirn an des Pomponius Bericht. Ihm stimmt in der Hauptsache Walter[4] bei. Huschke[5] dagegen, die Comitien selbst als ursprüngliche Gerichtshöfe denkend, führt die Richterdecemvirn, deren je 2 den fünf Classen entprechen sollten, auf Servius Tullius, bez. auf die *lex Pinaria* (472 v. Chr. 282 d. St.?) zurück und nimmt an, daß die die Tribus repräsentirenden Centumvirn erst „etwa gegen Ende des 6. oder Anfang des 7. Jahrh. (d. St.) aufgekommen seien". v. Bethmann-Hollw.[6] endlich hält beide Gerichtshöfe für identisch mit den von Servius Tullius eingesetzten Privatrichtern. v. Keller[7] schwankt, neigt sich aber der Huschke'schen Ansicht zu[8].

1) in *fr.* 2. § 29. *D. de O. J.* 1, 2. — 2) Röm. Civilproc. I. § 23. S. 59.
3) Röm. Gesch. I. S. 446. III. S. 647—9. — 4) Röm. Rechtsgesch. II. § 694.
5) a. a. O. S. 585—596. 606—9. — 6) Röm. Civilpr. I. S. 56—58.
7) Röm. Civilpr. § 5. Anm. 7. und § 6. Anm. 99.
8) Ueber andere Ansichten s. Zumpt Ueb. Ursprung, Form und Bedeut. d. Centumv.-Ger. in d. Abh. d. Acad. d. Wiss. (1838) S. 135. Puchta Curs. II. § 153. Rein Röm. Privatr. (1858) S. 869—872. Schwegler R. Gesch. II. S. 280. III. S. 74. Lange I. § 80. Mommsen R. Staatsr. II. 1.

Für ein hohes Alter des Centumviralhofs spricht sein Symbol, die *hasta*[1], welche auf das alte *jus Quiritium*, den Kreis der *res mancipi* und den Census zurückweist[2], die Geltung des Gerichts als eines Volksgerichts[3], ferner der Umstand, daß die alte *legis actio sacramento* gerade (nur) für Centumviralsachen in Uebung blieb (Gai. 4, 95), endlich die römische Tradition, wie sie bei Festus ersichtlich ist, welcher das Gericht mit den Curien in Verbindung zu bringen scheint. Die Reform durch August, wodurch der Gerichtshof wieder zu höherem Ansehn gelangte, als vordem in der letzten Zeit der Republik (Tacit. Dial. 38), beweist nicht, daß auch in der älteren Zeit das Ansehn ein geringes gewesen, wie Huschke (S. 592) meint. Huschke (S. 591) bemerkt, daß nach Dionysius' Vorstellung die Richter, denen der König die Privatprocesse überließ, Senatoren waren, was aus der Rede hervorgehe, die er (4, 36) ihn an den Senat halten läßt; er erklärt ferner (S. 596) für möglich, daß die Richterdecemvirn ursprünglich (d. h. vor der *lex Pinaria*) nur ein beschränkteres Amt, etwa den Classen in den Volksgerichten vorzustehen, gehabt hätten, und erinnert daneben an die *decem primi* des Senats (Dion. 4, 36). Nach Zumpt[4] wären die Decemvirn Gehilfen des Prätor gewesen, um die Klagen für die Centumvirn zu instruiren. v. Bethmann-Hollw.[5] nimmt an, daß sowohl die Centumvirn, als auch die Decemvirn (ursprünglich) vom Prätor ernannt worden seien. Hierzu kommt endlich ein ganz neuer Fingerzeig Sanio's[6]: derselbe vermuthet auf Grund von *Paul. Diac. ex Festo s. v. Centumviralia*[7] und s. v. *Curia*, ferner *Pseudo-Ascon. in Verr. act. 2, 1. § 14* u. *Jo. Lydus de mag. 1, 16; de mensib. 1, 19*, die hier ersichtliche Vermischung von Tribus und Curien habe darin ihren Grund, daß in der Mittheilung des Dion. 2, 12 von der Bildung des Romulischen Senats eine Notiz über die ursprüngliche Zusammensetzung des Centumviralgerichts verdeckt enthalten sei; von jenem aus 100 bestehenden Senat wird nämlich da, und zwar wahrscheinlich nach Varro, berichtet, daß er gebildet worden sei durch drei aus jeder Stammtribus (= 9) und drei aus jeder *curia* (= 90), wozu Romulus selbst für sich einen Stellvertreter als *princeps senatus* hinzugefügt habe, welcher bei *Lyd. de mens. 1, 19, Custos urbis* und *Praetor urbanus* genannt wird. Demzufolge würde der Centumviralhof uralt seyn, ja vielleicht als Einrichtung des Romulus mit dessen Senat zusammenfallen, und würden unter den Decemvirn etwa jene 10[8] nicht aus den Curien Ernannten, d. h. die ursprünglichen drei Stammtribus repräsentirenden, Mitglieder (nebst dem *princeps senatus*) zu verstehen seyn.[9]. Die Hypothese ließe sich fortspinnen: dieser aus Senatoren zusammengesetzte Gerichtshof bestand auch nach der Senatsvermehrung in seiner anfänglichen Zahl fort, das Recht der Ernennung ging von den Consuln später auf die Prätoren über, und die Zahl ward mit der Zahl der Tribus in (multiplicativen) Einklang gebracht, die Zehnmänner (*decem primi!*) aber waren eigentlich Mitglieder des Hundertgerichts, wurden dann vielleicht seiten der Prätoren besonders bei der Instruction der Processe

---

(*ed. 2.*) S. 590—2. Rudorff R. Rechtsgesch. II. § 7. Karlowa Röm. Civilproc. z. Zeit d. Legisact. (1872) § 30. Münderloh Aus d. Zeit d. Quiriten (1872) S. 191 ff.

1) Quinctil. V, 2, 1; Gai. 4, 16.

2) Vergl. Niebuhr I. S. 446, Huschke l. c. S. 580, v. Bethmann-Hollw. I. S. 57.

3) entgegengesetzt den *privati judices*: s. Huschke l. c. S. 585.

4) Centumviralgericht S. 20. — 5) R. Civilpr. I. S. 60.

6) Varroniana bei Pomponius, S. 52. 121—4. — 7) *XXXV tribus, quae et curiae sunt dictae.*

8) Vergl. oben S. 69. 70.

9) Huschke D. *multa* und das *sacramentum* (1874) S. 464 nennt die Hypothese dieser Ableitung ein starkes Verkennen der Entwickelung des Röm. Staates; er übersieht aber wohl, dass nur er, nicht ich, die Centumvirn für ein plebejisches Gericht hält.

zugezogen, endlich aber zu einer selbständigen Behörde organisirt, mit dem Amte, dem Centumviralgericht zu präsidiren.

Es liegt nahe zu denken, daß man für die Prätoren auf Geschäftserleichterung sinnen mußte (besonders als das Formularverfahren aufkam und ihre Thätigkeit in Anspruch nahm); auch von anderen *magistratus minores* berichtet Pomponius, daß ihre Einsetzung den gleichen Zweck der Geschäftserleichterung hatte, und so wäre jenes Richterdecemvirat vielleicht eine Parallele zu der Einrichtung der *Judices quaestionum*, welche für die Instruction der Criminalprocesse neben den Prätoren genannt werden[1].

Aus 2 Stellen des Cicero (*pr. Caec. 33* u. *pr. dom. 29: „Decemviri sacramentum justum judicaverunt“ — „injustum judicassent“*) hat man geschlossen, daß zu dieser Zeit die Decemvirn für Statussachen als besonderer Spruchgerichtshof competent gewesen seien. Diese Deutung ist sehr problematisch und schwer zu vereinigen mit den betreffenden Aeußerungen des Pomponius (*„magistratus, qui hastae praeesset“*) und des Sueton (*„ut centumviralem hastam Decemviri cogerent“*), wenn dieselben genauer genommen werden als z. B. von Seiten v. Keller's (§ 5. 6: „an die Spitze des Centumviralgerichts“ — „gewisse Leitung, welche August auf die *Decemviri* übertrug“) geschieht. Zufolge dieser Aeußerungen sollten ursprünglich die Gerichtsdecemvirn Vorstände des Centumviralhofs seyn, als solche wahrscheinlich die Legisactionenprocesse für dieselben instruiren, oder doch dabei dem Prätor behilflich seyn, und bez. dann ihren Versammlungen präsidiren, denn eines Vorsitzes bedurften solche mitgliederreiche Gerichtskörper; durch Augustus aber erhielten sie das weitere Amt, den Centumviralhof zu seinen Sitzungen (wohl nach Belieben und Bedürfniß) einzuberufen und bez. die jeweilige Vertheilung in die einzelnen Senate (*hastae*) zu bewirken. Ist dies richtig, so erscheint unwahrscheinlich, daß in den Decemvirn mit dieser amtlichen Präsidialmacht für Centumviralsachen eine abgesonderte Spruchrichtercompetenz für den Specialkreis der Statussachen sich vereinigt haben sollte: wohl eine Combination ohne Vorgang und Parallele.

Die Hauptstelle über den Centumviralhof und dessen Competenz ist bei Cic. de orat. 1, 38—40. 56. 57; hier aber werden offenbar auch Statussachen (*libertas, civitas* bez. *postliminium*) mit zur Centumviralcompetenz gerechnet, denn in Kap. 40, § 181 wird die Sache des (den Numantinern überlieferten) Consularen Mancinus als eine *capitis causa* (*„quod Tribunus pl. eum civem negaret esse“*), als eine *major contentio de ordine, civitate et capite hominis* bezeichnet[2], und in cap. 56. § 238. deutlich den *maximae centumvirales in jure positae* beigezählt. Dieser (bisher immer ignorirte) Fall ist entscheidend, da hier, auch nicht einmal secundär, ein Erbrecht in Frage war, was bei den übrigen dort erwähnten Fällen allerdings mit hineinspielte. Mitten unter diesen Fällen wird ferner in cap. 40. § 183. ein *judicium de libertate* (eines *censu manumissus*) aufgeführt, so daß auch hier kaum anders als an eine Centumviralsache gedacht werden kann. — Cicero zählt dort überhaupt eine Reihe von Beispielen auf, in denen schwierige Rechtsfragen vorkamen, und die Gelegenheit zur Bewährung tüchtiger

---

1) Nach Pomponius hatten die Decemvirn den Vorsitz; durch August erhielten sie ausserdem die Aufgabe, (die Listen zusammenzustellen und) die Zusammenrufung zu besorgen (*centumviralem hastam cogere: Suet. Octav.* 36), was vorher die Aufgabe der Exquästoren gewesen. Warum Lange (I. § 87. 88.) dies nur von der letzten Zeit der Republik versteht, sehe ich nicht ein. Die Quästur und die *hasta* standen bekanntlich von Alters her in engem Connex.

2) Vergl. *Cic. pr. Caecina c.* 34.

Rechtskenntniß gegeben wurde: er nennt verschiedene Fälle der *privata judicia* und viele Fälle des *centumvirale judicium;* er kommt dabei mehrfach auf Statusfragen zu sprechen: warum nun ließ er da die Gerichtsdecemvirn ganz unerwähnt, wenn gerade die Statussachen zu deren Specialcompetenz gehörten? Sie mußten doch eine sehr erwünschte Arena für patronatsüchtige Redner abgeben. Dies ist von den Vertretern der gemeinen Meinung ebenso wenig erwogen worden, wie das Mißliche einer Trennung der Status-Competenz von der übrigen Gerichtscompetenz, da doch Statusfragen in der Regel engstens mit anderen Streitpunkten, als präparatorische oder incidente Fragen, zusammenzuhängen pflegen, und man fragen muß, wozu für 50 reine Status-Fälle ein besonderer Gerichtshof, wenn 100 dergleichen in andere Streitsachen eingemischte Status-Fälle vom Centumviralgericht erledigt wurden? Weisen wir daher dem Centumviralhofe auch Statussachen zu, so erklärt sich durch den ursprünglichen Zusammenhang der *hasta* mit dem Census das *Quinquennium* der Statusklagen, womit das *Quinquennium* der Inofficiositätsquerel übereinstimmt; auch diese Uebereinstimmung, worauf schon Huschke aufmerksam machte, weist auf eine Verbindung der Status- und Erbschaftsklagen in demselben Organe hin.

Fassen wir nun die zwei Ciceronianischen Stellen, in welchen „*Decemviri*“ genannt sind, ins Auge: so ist zunächst zu bemerken, daß beide höchstens für Freiheitssachen angeführt werden könnten, denn auch in *pr. Caec. 33* wird die Sache als eine *libertatis defensio* bezeichnet und die Civität da nur mittelbar in Frage gezogen: wir könnten also jedenfalls Cicero nur als Beleg für die Decemviralcompetenz in *quaestiones libertatis* betrachten. Sehen wir nun aber weiter zu! Hat Cicero in *pr. dom. 29.* wirklich an die *Decemviri litibus judicandis* gedacht? Er spricht vorher von den Vorfahren und deren weiser Volksthümlichkeit, erwähnt Machtsprüche der 30 Curien, später der Centuriatcomitien als möglich und bez. wirklich, und zwischen diesen die Decemvirn, deren Machtspruch zum Nachtheil der *libertas* er hinstellt, aber mit dem Hinzufügen, daß ein solcher sich zu nochmaliger Gerichtsverhandlung bringen ließ. Könnte er hier nicht die *Decemviri legibus scribendis* und deren besondere Machtvollkommenheit[1] im Sinne haben? Diese Annahme scheint sich durch den allgemeinen staatshistorischen Hintergrund, aus welchem hervor Cicero hier[2] seine Frage abhandelt, zu empfehlen. In *pr. Caec. 33* endlich ist die Freiheit eines Weibes von Arretium in Frage: in welchem Sinn aber die Thätigkeit der dabei genannten *Decemviri* gemeint sei, ist nicht speciell erörtert; die Letzteren können hier recht wohl als Vorsitzende des Centumviralhofs, Instructoren des Processes und Verkündiger des *judicatum* gemeint seyn, welchenfalls diese Stelle mit der oben aufgestellten Ansicht ganz übereinstimmen und die folgenden Worte: „*aut magistratus aut judicis dubitatione*“ ihre Erklärung haben würden.

1) Vergl. Liv. 3, 44. 47. 56. 57.
2) Vergl. noch *Cic. pr. dom. c.* 13. § 33; *c.* 17. § 43. 45; *c.* 30. § 80.

# Zweite Periode.

# Die italische Zeit.

**(Von der Gesetzgebung der XII Tafeln bis zum ersten Punischen Kriege.)**

**450—250.**

---

## XXII. Kapitel.

### I. Die Staatsordnung.

(Zu § 97—112.)

### I.

### Uebersicht dieser Periode.

Rom beginnt über Latium hinauszustreben; in unvergleichlicher Anspannung aller Kräfte gelingt es ihm, nach und nach ganz Italien seiner Herrschaft zu unterwerfen. Diese Großthat ist der Grundfaden im geschichtlichen Gewebe der zweiten Periode.

Wir unterscheiden hier fünf Stufen der italischen Machtentfaltung Rom's. 1) Rom, die Bedrängniß Etruriens durch die Gallier benutzend, entschließt sich zu einem Eroberungskrieg gegen Veji, die etrurische Vormauer (408—396 v. Chr.); an der Spitze der Latiner und Herniker, versucht es zum ersten Male, eine fremde Nationalität sich botmäßig zu machen[1]. 2) Nach Süden hin gewinnt Rom eine neue Position durch Vorschiebung starker Colonien und endliche Unterwerfung der Volsker (389—377 v. Chr.): Antium und das ganze pomptinische Land gehören fortan zum Röm. Gebiet[2]. 3) Die Besiegung von Veji und Antium ist der erste Fingerzeig auf Rom's künftige Weltherrschaft über Land und Meer, und der berühmte Handelsvertrag Rom's mit Carthago (348 v. Chr.) ein Symptom davon; eine Veränderung des Verhältnisses zum latin. Bunde ist unausbleiblich, und der latinische Krieg von 340—338 v. Chr. verwandelt die Hegemonie in Herrschaft: der Bund wird zertrümmert und die latinische Landschaft dem Röm. Gebiet incorporirt, die Latiner werden Röm. Unterthanen, und die latin. Conföderation bleibt eine bloß religiöse Festgenossenschaft. Mit den Latinern aber werden zugleich die Campaner besiegt, und die Röm. Herrschaft in dem südlichen volskischen und dem campanischen Gebiet befestigt[3].

Rom bewährt sich inmitten der Völkerstürme immer als die *urbs quadrata* und bethätigt als solche nun auch sein Uebergewicht über die anderen Großmächte Italiens: die Samniter und die Hellenen, welche während Rom's Erstarkung durch gegenseitige Kämpfe geschwächt nun ohne geschlossene Organisation Rom gegenübertreten. 4) Die samnitische Eidgenossenschaft, am nächsten von der Röm. Wucht bedroht, geräth in Krieg mit Rom (326—290 v. Chr.) und unterliegt, nach hartem Ringen und trotz des Beitritts der

---

1) Mommsen R. Gesch. I. S. 333. Schwegler R. Gesch. II. S. 682. III. S. 170 ff.
2) Mommsen I. S. 348. — 3) Ders. I. S. 348. 353. 361—3.

Etrusker und Tarentiner zur gesammtitalischen Coalition, dem beharrlichen Rom, welches, gleichsam als Antwort auf jene Frage des Samniterführers „*Samnis Romanusve imperio Italiam regat?*“ (Liv. 8, 23), nunmehr seine Herrschaft über Mittelitalien hinaus durch große Heerstraßen und gewaltige Land- und Seecolonien rings befestigt, und sich zum letzten italischen Hauptkampf vorbereitet[1]. 5) Bereits im Samniterkriege war Unteritalien lebhaft betheiligt gewesen, darum erwächst aus ihm fast mit Nothwendigkeit der Zusammenstoß Rom's mit der hellenischen Welt daselbst; der berühmte, dem Pyrrhus gegebene Bescheid des Senats, daß Rom nicht unterhandle, so lange fremde Truppen auf italischem Boden stünden, zeigt, daß Rom mit dem Bewußtseyn, italien's Haupt zu seyn, an die Unterwerfung des Südens gegangen ist. Mit der Besiegung der Messapier, Lucaner, Bruttier, endlich des Pyrrhus und der Tarentiner (285—272 v. Chr.) gelangt Rom an das Ende Italien's und steht nun recht eigentlich im Angesicht des ganzen mittelländischen Meers, gegenüber der ersten Seemacht dieser Zeit, seiner bisherigen Bundesgenossin und nunmehrigen Nebenbuhlerin[2].

Neben und zwischen diesen Hauptactionen Rom's ziehen sich mancherlei Intermezzokämpfe mit den Fidenaten, Umbrern, Aequern und Marsern hin; die räuberischen Einfälle der Sabiner nahmen mit dem J. 449 ein Ende[3]. Gefährlicher sind die wiederholten Kämpfe mit den Etruskern (389. 356. 310. 301. 283 v. Chr.) und senonischen Galliern (390. 361. 349. 295. 282 v. Chr.), allein da diese auch durch gegenseitige Kämpfe einander schwächen, erleichtern sie Rom den endlichen vollständigen Sieg, welcher noch vor der großen unteritalischen Coalition gelingt.

Diese Ausbreitung Rom's war nicht bloß eine militärisch erobernde, sondern eine ethnisch assimilirende und politisch gestaltende; was erobert war, ward alsbald durch Colonien gesichert, welche systematisch durch Italien an entscheidende Punkte des Binnen- und Küstenlandes vertheilt allmählich ein unzerreißbares Netz über die wirren Völkergruppen spannten. Die bedeutendsten Massengründungen dieser Art erfolgten nach Unterwerfung der Etrusker und Volsker (383—379), der Apulier und Campanier (334—312), der Samniter (295—291) und der Tarentiner (273—264)[4]. Zugleich verstanden die Römer, die unterworfenen Völkerschaften zu isoliren: so lösten sie die Specialconföderationen innerhalb Latium's (während des 4. Jahrh. v. Chr.) und späterhin die Genossenschaft der Herniker, wohl auch die der Samniter und Lucaner[5].

Daneben wußte Rom auch überseeischer Anknüpfungspunkte habhaft zu werden. Der alte Handelsvertrag mit Karthago ward 306 v. Chr. erneuert und gegenüber der von Unteritalien her drohenden Gefahr, 279 v. Chr., sogar in ein förmliches Militärbündniß verwandelt. Auch mit Rhodus war 306 v. Chr., mit Apollonia an der epirotischen Küste und mit Tarent etwa um dieselbe Zeit ein Handelsvertrag abgeschlossen worden; als aber Rom, die Besiegerin von Tarent, in das System der Staaten des Mittelmeers eintrat, „empfing es gleichsam die officielle Anerkennung seiner neuen Stellung durch die beiden feierlichen Gesandtschaften, die i. J. 273 v. Chr. von Alexandreia (Ptolemäos Philadelphos) nach Rom und wieder von Rom nach Alexandreia gingen, und wenn sie auch zunächst nur die Handelsverbin-

1) Mommsen I. S. 364—385. — 2) Ders. I. S. 395—415.
3) Schwegler II. S. 691 ff. 735. — 4) Mommsen I. S. 338. 348. 362. 372. 385. 415.
5) Mommsen I. S. 352. 426.

dungen regelten, doch ohne Zweifel schon eine politische Verbündung vorbereiteten." [1]

Italien fängt an, latinisirt zu werden, die politische Einheit wird die Grundlage der linguistischen; zuerst assimiliren sich die Sabiner und Volsker der herrschenden latinischen Stammesart, die zahlreichen lateinischen Colonien sind eben so viele Heerde der lebhaftesten Propaganda für die allgemeine Romanisirung Italiens, und man gewöhnt sich, die ganze Italische Wehrgenossenschaft unter der Bezeichnung *„viri togati"* zusammenzufassen, bald auch, den Namen „Italia" von Calabrien auf die gesammte Halbinsel bis zum Arnus auszudehnen [2].

Aber es beginnen nun auch die Rückwirkungen der Besiegten auf die Sieger. Die hellenische Cultur, für welche der fortgesetzte freundschaftliche Verkehr mit Massilia das Interesse der Römer wach erhalten, zieht von den Städten Unteritalien's nach dem Mittelpunkt der neuen Einheit, löst den Bann altrömischer Strenge und Sprödigkeit und lockt den bäuerlich starren oder spiesbürgerlich engen Rechtstrieb in freiere Bahnen hinaus. Das samnitische, dann reißend schnell hellenisirte, Campanien bildet die Vermittelung in dem beginnenden merkwürdigen Receptionsproceß, und namentlich scheint es Capua gewesen zu seyn, welches durch seinen immer regeren Verkehr mit der Metropole zu mannichfachen Neuerungen im Röm. Leben den ersten Anstoß gibt.

Mit der Ausbreitung der Röm. Herrschaft muß die Entfaltung der Stadt Rom selbst und ihres Verkehrslebens Schritt gehalten haben. Die Abzweigung eines Theils der Bürgerschaft nach Veji (395 v. Chr.), dann die projectirte Umsiedelung der ganzen Bürgerschaft nach jener Stadt (390 v. Chr.) wird von Camillus verhindert und dadurch die Vollkraft der Stammbevölkerung gerettet; Rom wird wieder aufgebaut (389), das Forum mit den antiatischen Schiffsschnäbeln geschmückt (338), von Appius Claudius eine großartige Wasserleitung nach der Stadt geführt, und diese mit der Hauptstadt Süditalien's, der hellenisirten Samniterstadt Capua, durch eine Heerstraße (312) verbunden, welche nach des Pyrrhus Besiegung südostwärts weiter geführt wird.

Rom wird so zu einem weithinwirkenden Anziehungspunkt für die Peregrinenbevölkerung Etrurien's und Campanien's, von wo namentlich seit dem Beginn des 3. Jahrh. v. Chr. immer zahlreichere Züge sich nach der Metropole wenden. Reichthum und Luxus wachsen, der innere Wohlstand hilft mit die innere Ruhe befestigen und die letzten Schwingungen des hitzigen Ständestreites überwinden. Die lateinische Sprache verfeinert sich, der Gebrauch der Schrift beginnt, wie denn die auf Leinwand gezogenen Magistratsverzeichnisse (*libri lintei*), die wichtigen Priester-Annalen und die später so zahlreichen Familienchroniken schwerlich früher als etwa mit Beginn dieser Periode angefangen haben; das Militär-, Münz- und Kalenderwesen vervollkommnet sich, die Zahl der Röm. Bürgerschaft wächst beträchtlich — der Census vom J. 280 beträgt 287,000, der vom J. 265 (nach dem Pyrrhischen Kriege) 282,000 Bürger — und Rom mit seinen neuen Bauwerken im Bogenstyl und seinem entwickelten Polizeiwesen gewinnt das Gepräge einer Großstadt; [3] aber

---

1) Mommsen I. S. 146. 353. 387. 395. 407. 417—421. 433. Voigt d. *jus naturale* d. R. II. S. 210—8.

2) Mommsen I. S. 432. 454. 552.

3) Ders. I. S. 428. 442. 451. 464—479. 486. Schwegler I. S. 7—18.

der Aufschwung, den so die Röm. Bürgerschaft als Herrin der Halbinsel nimmt, ist eigentlich „ein Aufschwung des staatlich geeinigten Italien's“.

Gleichwie Rom nach Außen hin Italien eint, so gelingt ihm gleichzeitig und fast im ebenmäßigen Fortschritt auch der Sieg über den inneren social-politischen Zwiespalt. Es handelt sich bei dem Streite der Patricier und Plebejer auch fortan keineswegs bloß um politische Gleichstellung, sondern immer noch um Lösung socialer Probleme. Infolge des üblich werdenden Systems der indirecten Finanzverwaltung, wodurch alle Staatseinnahmen in die Hände von Mittelsmännern kommen, können die Capitalisten sich das Monopol gewisser Bereicherungen verschaffen, neu eroberte Domänengüter werden selten mehr assignirt, sondern in den Händen der occupirenden Reichen belassen, und weil die Hutungsgelder und Domanialgefälle einschlafen, muß ein größeres Maß Steuern aufgebracht werden. Das alles schlägt zu Ungunsten der großen Masse der Plebejer und der mit denselben (besonders seit der *lex Valeria Horatia*) mehr und mehr verschmelzenden Clienten aus. Endlich tragen auch die verwüstenden Kriege das ihrige bei, die Lage der capitallosen kleinen Grundbesitzer und Handwerker zu verschlimmern. Auf diese Weise vereint sich der Drang ökonomischer Erlösung mit den politischen Ansprüchen der Plebs zu so mächtigen und anhaltenden Stößen gegen die Burg der patricischen Vorrechte, daß Widerstand auf die Dauer unmöglich wird[1].

Infolge des Gallischen Brandes, welcher viele Symbole der patricischen Tradition zerstört, unter dem Drucke des fast ununterbrochenen kriegerischen Nothstandes und endlich gegenüber dem Glanze der einströmenden hellenistischen Kulturideen erbleicht und verkümmert die Kraft des alten Sacralsystems; eine Schranke nach der anderen wird zwischen Patriciern und Plebejern niedergerissen, und fast zu derselben Zeit, wo Rom über Samnium triumphirt, mit der dritten (vierten!?) *Secessio plebis* (286 v. Chr.) endet der 200jährige Riesenkampf der beiden Stände; ohne innern Zwiespalt steht Rom dem gegen seine Herrschaft verschwornen Italien im letzten Hauptkampf gegenüber.

## II.

### Karakterzüge dieser Periode.

(Die Claudier, *Camillus, lex Licinia Sextia*).

Wenn ich diese Periode als das Jugendalter Rom's bezeichne, so meine ich damit eine besondere Entwickelungsstufe des Nationalgeistes zwischen Kindheit und Mannesalter. Roscher[2] nennt diese „bei allen Völkern wiederkehrende Entwickelungsstufe, welche aus dem rohen s. g. Naturzustande in die volle Kultur überführt“, das „Mittelalter“. Auf dieser Stufe pflegt sich der Geist in seiner reichsten Produktivität zu erweisen; weniger receptiv und fremden Einflüssen zugänglich, als die Kindheit, entfaltet er sich mit Energie aus seiner eigensten und innersten Kraft heraus und markirt und formulirt sich die Zielpunkte seines Lebens, die fortan maßgebend bleiben. Sabinische und Latinische Art, Patriciat und Plebejerthum, Staatsrecht und Privatrecht kommen ins Gleichgewicht, und in einer stattlichen Reihenfolge publicistischer und civilistischer Gesetze treten die

1) Mommsen I. S. 269—271. 296—8; 303—6. 446. Schwegler II. S. 560. 598. 623. III. S. 163.
2) Ansichten der Volkswirthschaft S. 415.

Kernpunkte römischen Wollens und Schaffens klar hervor; zu Allem, was in den späteren Jahrhunderten ausgearbeitet wird, ist in dieser (zweiten) Periode der Grund gelegt. Eine Fülle der kräftigsten Karaktere ersteht in dem raschen Wechsel gefahrvoller Situationen und gewaltiger Scenen; was an bildsamen Stoffen im sabinisch-latinischen Nationalgeist beschlossen lag, wird in festen und klaren Gestalten offenbar. Die lebendige Maschinerie dieses Geistes arbeitet langsam, aber sicher; nur unter angestrengtestem Ringen kommen die Ergebnisse zum Vorschein, aber aus dieser Anstrengung empfangen dieselben jenes eminent ausdrucksvolle Wesen, welches nur in der hellenischen Kunstgeschichte sein ebenbürtiges Seitenstück hat. — Niebuhr erklärt das 5. Jahrhundert der Stadt, d. h. die zweite Hälfte unserer Periode, für die frischeste und gesündeste Zeit des römischen Volks.

*A.* Interessant ist es zu sehen, wie das kühne Geschlecht jenes Sabiners *Atta Clausus,* welcher dann *Appius Claudius* genannt wurde, in die Geschicke Rom's eingegriffen hat. Schon dieser Ahnherr muß ein thatkräftiger und eigenmächtiger Herr gewesen seyn, denn an der Spitze einer Menge, die, wie es scheint, nicht ein gewöhnliches *ver sacrum,* sondern eine revolutionäre Secession war, trat er auf römischen Boden und bewirkte eine sabinische Reaction gegen die latinische Superiorität der einheimischen Stämme; und aus diesem Geschlecht gingen dann viele thatkräftige und eigenmächtige Naturen hervor [1]. Die zwei bedeutendsten unter ihnen stehen als mächtige Gestalten am Eingangs- und Ausgangsportal dieser Periode: *Appius Claudius Decemvir* und *Appius Claudius Caecus.* Was an Neuerungen in den XII Tafeln enthalten ist, muß wohl vorzugsweise auf Rechnung jenes rücksichtslosesten der Decemvirn geschrieben werden, vielleicht ganz besonders die Entlehnung griechischer Institutionen, und der andere *Appius* war der Erbauer der *aqua Appia* und der *via Appia;* auf der Mitte der letzteren (*Forum Appii*) ließ dieser sich eine mit Diadem gezierte Statue errichten; er gelangte zu einem solchen Ansehn, daß man ihm später den Plan einer Beherrschung Italiens durch seine Clienteln zuschrieb. Neben seinem zweifelhaften Verdienst, in der Bildung der *forensis factio,* durch welche die plebejische Nobilität gebrochen werden sollte, zu dem politischen Parteiwesen der späteren Zeit den ersten Anstoß gegeben zu haben, steht sein folgenreicher Schritt der Veröffentlichung des pontificalen Gerichtskalenders; von ihm datirt sich der erste Anfang der juristischen Literatur der Römer, und Niemand wohl hat mehr, als er, beigetragen zur Befreiung des Rechts aus den Fesseln der sacralen Ueberlieferung und des Geschlechtermonopols. Wenn es wahr ist, daß er die Verwaltung des Herculeskults auf Sklaven (*servi publici*) übertrug [3], welche in diesem Dienste auch rechtliche Contrakte einzugehen hatten: so liegt die Vermuthung nahe, er habe zuerst dem Gedanken Bahn gemacht, daß Sklaven in Vertretung ihrer Herren mit rechtlicher Wirksamkeit handeln könnten. Auch eine neue Stufe der militärischen Organisation des römischen Staats im großen Styl soll sein Werk seyn und zwar in der doppelten Beziehung, 1) daß er den Legionsdienst auf die armen Plebejer (unter 800 Libralas) und Libertinen erstreckte, diese auch zum Seedienst heranzog, und 2) daß er durch Vermehrung der militärischen Positionen an der ausgedehnten Peripherie des Landes die Vervollständigung des italischen Coloniennetzes herbeiführte.

---

1) Vergl. Lange Alterth. II. § 102 (S. 117).
2) Vergl. Lange Alterth. II. § 97.
3) anders Dirksen Civil. Abhandl. II. S. 12.

*B.* In beiden Beziehungen scheint er das System des M. Furius Camillus, des größten Nationalhelden der Römer, weiter geführt zu haben, denn dieser soll die Manipularordnung und das Besoldungsprincip eingeführt, die bemittelteren Proletarier zum Legionsdienst herangezogen, den freiwilligen (*equo privato*), aber besoldeten Reiterdienst organisirt haben; auch die Aussendung der vier zwischen 395—373 v. Chr.[1] (kurz vor und nach dem Gallischen Brande) gegründeten Colonien[2] ist wohl sein Werk. Camillus war Censor i. J. 403, also ziemlich genau 100 Jahre vor der berühmten Censur des Appius Claudius Caecus (i. J. 312)[3]. Offenbar hat dieser sich den Camillus zum Vorbild genommen, denn wie Camillus nach dem Zustandekommen der *lex Licinia Sextia* (367) der *Concordia* (*ordinum*) einen Tempel weihte, so weihte auch der ehemalige *scriba* des Appius, Cn. Flavius, nach seiner Aedilität ein Heiligthum der Eintracht[4]. Camillus, der Rom von den sennonischen Galliern befreite, soll Rom zum zweiten Mal gerettet haben, indem er den Plan, Rom zu verlassen und nach Veji auszuwandern, hintertrieb; die durch ihn reformirte Militärordnung blieb die Basis des römischen Kriegswesens bis auf Marius, welcher zuerst mit dem „Grundgedanken der Servianischen Classen" brach und den Bürgerstand und Kriegerstand zu scheiden begann[5]. Nach seiner Censur ward er 6 Mal zum Consulartribun und 5 Mal zum Dictator gewählt[6]; 4 Mal zog er triumphirend auf's Capitol; die erste erhebliche Gebietserweiterung Rom's (und Bildung vier neuer Tribus) geschah unter seinen Auspicien; sein großartiger Sinn zeigt sich darin, daß er noch im hohen Alter den Bestrebungen des C. Licinius Stolo und L. Sextius Lateranus beipflichtend die Versöhnung der Stände bewirken half[7].

*C.* Die *Lex Licinia Sextia* ist eine der merkwürdigsten Erscheinungen in der politischen Geschichte Roms, denn durch sie ward der Grund zu der Entstehung der Nobilität, als einer neuen socialpolitischen Kategorie neben Patriciat und Plebs, gelegt, das alte publicistische Auspiciensystem dem Sturze nahe gebracht, und ein neuer Schritt in der Profanisirung des Staatswesens gethan. Nur die dritte der Licinischen Rogationen war politischer Natur im engern Sinne, die ersten beiden wesentlich socialer Natur und zu Gunsten der armen Plebejer gemeint; so war das Gesetz ein zusammengesetztes und das erste Beispiel einer s. g. *lex satura* (Allerleigesetz) gegeben[8], womit Rom von seinem Grundsatze einfacher Rechtsbildungen und einheitlicher Rechtssatzungen abwich; noch wichtiger aber ist, daß in diesen zwei Rogationen aus socialen Motiven ein Eingriff in die rechtliche Privatsphäre der Römer gewagt wurde.

Die sociale Bedrängniß der Proletarier führte nicht selten zur Absendung von Colonien; aber dieses Mittel reichte nicht aus; *assignationes agri publici,* d. h. Privatzutheilungen aus den eroberten Ländereien, deren *possessiones* immer vornehmlich den Patriciern mit ihren Clienten und etwa noch den reichen Plebejern zu Gute kamen, wurden verlangt, von Spur. Cassius (486)

1) s. Lange Alterth. I. § 60 (S. 481. 483), 61 (S. 497. 499) 65 (S. 548) 78 (S. 669).
2) Ders. II. § 95 (S. 53. 54).
3) Lange I. § 78 (S. 669) jct. § 66 (S. 551). Zur Vergleichung beider Männer s. noch Mommsen R. Gesch. I. S. 297. 299. 333. 337. 445 und S. 310. 402. 452. 456. 459. 464. 474 (d. 4. Aufl.) und Schwegler R. Gesch. III. S. 276—9.
4) Ders. I. § 78 (S. 678) und II. § 97 a. E. Lange bringt beide Männer auch mit seiner Annahme, dass der Census ursprünglich nur den Grundbesitz getroffen habe und erst nachträglich in Geld umgesetzt und auf Mobiliar ausgedehnt worden sei, in Verbindung (I. § 61. S. 494).
5) Ders. I. § 61 a. E. — 6) Ders. § 78 (S. 669). — 7) Camillus starb i. J. 365 v. Chr.
8) Lange I. § 78 (S. 672). *Fest. Satura et cibi genus ex variis rebus conditum et lex multis aliis legibus conferta.*

in Aussicht gestellt, darauf hin durch wiederholte *rogationes agrariae* von Neuem angeregt und zuerst mittels des Icilischen Plebiscits *de Aventino publicando* (456)[1], aber auch nur in einem äußerst geringen Maße ausgeführt. Weder die Fixirung des Zinsenmaximums durch die XII Tafeln, noch die Uebernahme der Last des Kriegssoldes auf das *aerarium publicum* (d. h. auf die Abgaben der Possessoren des *ager publicus*) beschwichtigten mehr die mahnende Menge, und der Erfolg mehrer neuer Ackeranweisungen ward durch den schweren Vejenterkrieg und die Gallische Stadtplünderung (i. J. 390) bald vereitelt. Erst durch die zweite der Rogationen des Licinius und Sextius (*lex de modo agrorum:* 367 v. Chr.) „*ne quis plus quingenta jugera agri possideret*“[2] ward den *Possessiones* und bez. neuen *Occupationes* der Reichen am *ager publicus* eine erfolgreiche und definitive Schranke gezogen[3], indem nun der von Zeit zu Zeit ermittelte Ueberschuß immer den armen Plebejern zufiel und so für die Befriedigung wiederkehrender Bedürfnisse gesorgt war. Seitdem hörten die agrarischen Rogationen der Volkstribunen auf, eine Rolle im Ständekampf zu spielen. Der 1. Artikel der *lex Licinia* war nur auf eine augenblickliche Abhilfe berechnet, woraus sich erklärt, daß die Zinsen- und Schuldhaftsgesetze seit der *lex Marcia de foenore* und der Ernennung der *quinqueviri mensarii* zur Schuldentilgung (352 v. Chr.) sich in auffallender Weise mehrten, bis endlich durch die *lex Poetelia* (327 v. Chr.) die Hauptquelle der Schuldbedrückungen verstopft, und seit der Censur des Appius Claudius (312—308) auch den unteren Schichten der Plebs ein politischer Einfluß und der Mitgenuß des Militärsoldes durch Aufnahme in die Legionen eingeräumt ward. Ackeranweisungen und Zinsenerlasse sind noch in den letzten Jahrhunderten der Republik beliebte Agitationsmittel und Trumpfe, welche in den Kämpfen der Optimaten und Popularen ausgespielt werden; ihre Combination datirt von der *lex Licinia.*

Und so tief dieselbe in das alte publicistische System eingegriffen hat, ebenso tief auch in das civilistische Princip der Privatsouveränetät der Römer. Ein Römer war nicht bloß *civis,* sondern auch *paterfamilias,* und es war ein Erbstück aus der Vorzeit der patricischen Geschlechter, daß das Familienhaupt souverän und autonom in seinem Haus- und Wirthschaftsbereich, der Staatswille machtlos gegenüber diesem Bereiche sei[4]. Bei keinem Culturvolke so, wie bei den Römern, hat sich diese Centralidee des Privatrechts klar und scharf herausgebildet, und von dieser Grundlage aus hat sich das römische Privatrecht zu einem so bewundernswerthen System fester Gebilde aufgebaut; nur auf solcher Grundlage auch konnte sich ein so von aller Beithat sklavereiähnlicher Elemente freies Obligationenrecht entwickeln, wie das römische Obligationenrecht ist. Nur schwer haben dann die Römer sich entschlossen, die Absolutheit der Privatsouveränetät zu beschränken, und es ist langsam genug geschehen. Aber der Mensch ist eben nicht absolutes Einzelwesen, er ist zugleich und nothwendig Gemeinwesen, und so muß er sich denn bald hier, bald da eine Einschränkung zu Gunsten des Gemeinwesens gefallen lassen, wenn dessen Existenz und Gesundheit in Frage kommen. Die ersten zwei Artikel der *lex Licinia,* mit deren Hilfe der dritte Artikel durchgesetzt ward, griffen in die Privatsphäre der Bürger ein und inaugurirten damit ein neues System, dessen großartigstes Glied die über 3 Jahrhunderte jüngere *lex Julia et*

1) s. Curs. § 100. — 2) *Liv.* 6, 35; *Varro de R. R.* 1, 2, 9.
3) Vergl. Curs. § 101. 123. 124. Dazu Ihering Geist II. § 31 (S. 143), 34 (S. 226).
4) Vergl. Curs. § 62. 101 und 124 und Excurse S. 68. 72.

*Papia Poppaea* ist. Zwischen diesem ersten und größten Kaisergesetz und dem republikanischen Grund- und Hauptgesetz der XII Tafeln ist das Licinische Gesetz der wichtigste und folgenreichste Gesetzgebungsakt.

## III.

## Die Magistratur.

*A.* Wenn es richtig ist, die politische Arbeit des römischen Genius in der ersten Periode als eine Entwerfung des Grundrisses des Verfassungswesens zu bezeichnen[1], so kann man in der zweiten Periode von einem Auf- und Ausbau des Verfassungswesens reden.

Dies zeigt sich zuerst darin, daß die politischen Gedanken, welche in der gefundenen Trias: Comitien, Magistratur und Senat, enthalten sind, nun zur Entfaltung gelangen. Entsprechend den neuen Aufgaben des fortschreitenden Staatslebens gestaltet sich das Grundorgan des Populus in den Tributcomitien zu einem thätigen und produktiven Faktor weit über die beschränkte Anlage der Curiat- und Centuriatcomitien hinaus, welche immer hauptsächlich in politischer Casuistik verharrten; eine principiell fortschreitende Legislation tritt nur in den Tributcomitien hervor, welche auf bewegliche und rastlose Initiative angelegt die anderen Comitien überflügeln mußten. Neben dieser Ausbildung des Comitiensystems ist der Entwickelungsgang, welchen die Magistratur nimmt, von entscheidender Bedeutung. Die in ihr enthaltene Idee, grundeinfach ehedem im *Regnum* dargestellt, dann in einfache Collegialität verwandelt, entfaltet sich nun zum System und gliedert sich in verschiedene Richtungen, indem einestheils Volkstribunat und Volksädilität seit der *lex Aternia Tarpeja* dem Magistratskarakter sich annähern, anderntheils vom Consulat die Censur, dann Prätur und curulische Aedilität infolge der Terentilischen und Licinischen Rogationen abgetrennt werden. Was dabei im Einzelnen als Diplomatie und Compromiß erscheint, stellt sich im Ganzen als Entwickelung und Gliederung des politischen Organismus dar, welcher zu groß, reich und thätig geworden ist, um in zwei persönlichen Organen — den Consuln — genügende Vertretung zu finden. Endlich gehört zur Signatur dieser Periode die Befestigung des Wirkungskreises des Senats, welchem seine Aufgaben nicht durch bestimmte gesetzgeberische Akte, sondern durch den stillen, aber starken Einfluß praktischer Erfahrung zugewiesen wurden. Er rückt allmählich in die Stelle ein, welche vordem den versammelten *Patres*, d. h. den patricischen Familienhäuptern zukam. Es ist ein alter und durchgehender Zug im politischen Wesen der Römer gewesen, daß die zu freiester Action geschaffenen Organe des Staatswesens, Magistrat und Comitien, nicht ohne Beirath vorgehen sollen; ihnen kommt die Initiative und Beschlußfassung (*rogatio et jussus*) zu, aber sie müssen Organe zur Seite haben, welche die Tradition, den Willen der Götter, die Sitte der Vorfahren kennen und mit ihrer Sachkunde den Trieb des Handelns reguliren und temperiren. In ältester Zeit kam diese Aufgabe neben den Augurn, Pontifices und Fetialen[2] den *Patres* zu, welche vor wichtigen Beschließungen *auctoritas* zu interponiren und namentlich ihr Vollwort vor den Curiatcomitien, welche die *lex de imperio* ertheilen sollten, einzulegen hatten. Aus dem *consilium Patrum* sind der Senat und das Centumviralgericht hervorgegangen

1) Vergl. Curs. § 69. 97. — 2) Vergl. Curs. § 67.

und haben sich zu selbständigen Organen gestaltet[1]; die Aufgabe der *Patrum auctoritas* ward dann durch die *lex Publilia Philonis, Hortensia* und *Maenia*[2] in den Hintergrund geschoben; dies geschah dadurch, daß vorgeschrieben ward, die *Patrum auctoritas* solle künftig immer dem betreffenden Beschlusse der (Centuriat- bez. Tribut-) Comitien vorausgehen, denn damit war sie von der *lex curiata de imperio,* zu welcher sie organisch gehörte und welcher sie bisher unmittelbar vorausgegangen war, abgetrennt und für eine leere Formalität erklärt[3]. Der Senat, in seiner seit den Anfängen der Republik befestigten Stellung, übernimmt nun die Rolle des Regulators des Staatslebens; es sind nicht mehr die patricischen Familienhäupter, deren gereifte Einsicht entscheiden soll, und nicht mehr dreht sich jetzt das Hauptinteresse der Staatsreformen um die *lex curiata de imperio,* die ihre Unantastbarkeit und Einfachheit eingebüßt hat; sondern als Väter des Volks gelten nun die aus der Schule des Kriegsdienstes und Staatsamtes hervorgehenden Mitglieder des Senats, die in feierlicher Anrede *Patres* (*Conscripti*) genannt werden, und auf welche endlich auch der Ausdruck *Patrum auctoritas* übertragen wird.

*B.* Gewissermaßen zwischen Tributcomitien und Senat steht die Magistratur mit ihrer formellen Initiative und sachlichen Abhängigkeit von Senat und Comitien, welchen die Vorbereitung und die Entschließung zukommt. Wenn bei der Betrachtung des römischen Verfassungswesens überhaupt unser Blick fast immer zuerst auf die Magistratur fällt[4], so gilt es doch von dieser Periode ganz besonders, daß der Nachdruck der schaffenden Kräfte der Nation auf diesem wichtigen Organ der Staatsgewalt liegt.

1. Zur Karakteristik der römischen Magistratur gehört vor Allem, daß sie als die Erbin der *regia potestas* kein abgeleitetes, sondern ein originales und selbständiges Organ des Staats neben den Comitien ist. Diese Selbständigkeit bildet den classischen Styl des antiken Staatsamts und unterscheidet es wesentlich von dem Staatsamt in der monarchischen Staatenwelt der neuen Zeit. Gleichwie in unseren constitutionellen Staaten die Volksrepräsentanz als selbständiges (temperirendes) Organ dem monarchischen Regiment zur Seite gestellt ist, so stand der *Rex,* der Magistrat im antiken Rom neben dem republikanischen Regiment der Comitien und machte die Republik zu einer temperirten. Dieser intensive Karakter der römischen Magistratur, die einen Zug königlicher Gewalt und Würde, ja Majestät an sich trägt, ist ihr nie ganz verloren gegangen; auch an den Consuln, Censoren und Prätoren ist er erkennbar, in das *imperium prorogatum* der Provinzialstatthalter übergegangen und in dem Augusteischen Imperatorenthum phönixartig neu belebt worden. Wie der *Rex* der Vormund des Staats gewesen, so tragen alle *magistratus majores populi Romani* noch ein Stück vormundschaftlicher Gewalt in sich[5]; ihr System ist die genialste Schöpfung im Staatswesen eines sich selbst regierenden Volkes.

2. Von diesem Punkte aus begreift sich die Schwierigkeit gliedernder Entfaltung. Ein Pupill und Ein Tutor: das ist das Natürliche. Aber wenn die in Einer Person concentrirte Tutel nicht mehr ausreicht, wie kann dann unbeschadet der inneren Einheit des Staatsamtes eine Mehrheit persönlicher

1) Vergl. Excurse S. 70. Anm. 8. — 2) Vergl. Cursus § 102. 104.

3) In ähnlicher Weise ward in der 2. Periode auch beim Mancipationstestament, als die Niederschrift üblich wurde, die *familiae emtio* zu einer leeren Formalität, und der *emtor* stand seitdem nur *dicis causa* da, während der eigentliche Erbe in der Urkunde ge- und ernannt war. Vergl. Cursus § 134. 142.

4) Vergl. Cursus § 105 und Excurse S. 66.

5) Vergl. *Fest. Magisterare, magistri.*

Organe geschaffen werden, so daß der Auseinanderfall des Staats verhütet wird? Rom hat dieses Problem gelöst, indem es stufenweise fortschritt vom *Rex* zum Consulpaar, und zunächst ein System coordinirter Beamten, als Collegen in der Vertretung des Staats, entwickelte. Auf doppeltem Wege ist dies geschehen, indem *a*) neben dem Consulat das Amt der Censoren, des Prätor und der curulischen Aedilen gebildet wurde, denen bestimmte Functionen, ausgeschieden aus *potestas* und *imperium* der Consuln, zugetheilt waren, und *b*) die auf Negation angewiesenen *tribuni* (und *aediles*) *plebis* mit magistratischen Attributen ausgestattet wurden. Dieses System coordinirter Gewalten hangt gewissermaßen an den beiden Principien, daß jeder Magistrat in seinem Ressort (Provincia) frei und selbständig handelt, den Staat vollkommen und in höchster Instanz vertritt, und daß jeder Magistrat dem anderen gegenüber nur in negativer Richtung, durch Intercession, die Collegenschaft bethätigen kann. Mit Ausnahme der Censur gilt jeder Magistrat als Träger der ganzen zu seinem Ressort gehörigen Machtfülle; es wäre zwar denkbar, daß[1] keinem der Collegen das Recht eingeräumt wäre, ohne den (oder die) Collegen handelnd vorzugehen, m. a. W. daß verfassungsmäßig immer nur sämmtliche zusammengehörigen Collegen zusammen und kraft gemeinsamen Beschlusses Staatsactionen verwirklichen dürften; allein auch an diesem Punkte ist die Idee der *regia potestas* lebendig geblieben, und jeder College als volles und ganzes Organ behandelt. Es bedarf zur Legitimirung der einzelnen Akte nicht des Mitwollens des anderen Collegen, sondern nur des Nichtwidersprechens desselben. Mit dieser Organisation des Amtes, die man als eine bloß negative Solidarität bezeichnen könnte, war dem Staatswesen eine unendliche Frische und Lebendigkeit der Initiative verliehen, freilich auch ein Grad der Decentralisation erreicht, welcher ohne die durch den Senat gesetzte Regulatur verhängnißvoll geworden wäre[2]. Der Gedanke eines Stufenbaues der Magistratur reift bei den Römern nur langsam, er ist nicht recht republikanisch; doch ist er in einem anwachsenden Staatsorganismus unausbleiblich, und so ist denn Rom später zu einem neuen System, dem der Subordination der Aemter, übergegangen, welches in der Quästur und Aedilität vorbereitet, in den *magistratus minores* der folgenden Periode nach einfachen Grundsätzen gestaltet, endlich in der Beamtenskala der Kaiserzeit zu einem kunstreichen Etagenbau ausgebildet ist. Der republikanische Sinn liebt glatte Flächen, der Etagenbau entspricht mehr dem Geiste monarchisch-dynastischer Staaten. Wie die Bürger der Republik alle einander gleichstehen und gleichsam auf einer Ebene, die eine Hochebene seyn kann, sich bewegen sollen, so soll auch die Beamtenwelt eine glatte Fläche darstellen, über die der Blick jedes Genossen ohne Anstoß und Unterbrechung hinstreift. Mit abstrakter Gleichförmigkeit diese Gleichheitsidee durchzuführen, dazu war jedoch der römische Sinn zu gesund und zu praktisch; der Censor ward nicht als eigentlicher College des Consuls, der Prätor nur als *minor collega* des Consuls angesehen; dem Censor ward gar kein eigentliches Imperium, dem Prätor das Imperium nur für besondere Zwecke und unter besonderen Umständen beigelegt; die curulischen Aedilen waren nur in gewissem Sinne Collegen der plebejischen Aedilen. Im System der Ausspicien drückte sich,

---

1) ähnlich der Collektivprocura in unserem Handelsrecht.

2) Vergl. die Analogie der Tutel: *Sane enim facilius unus tutor actiones exercet; ne per multos actio spargatur. Ulp. fr.* 3. § 6. *de adm. tutor.* (26, 7).

wie in einem Spiegel, diese Verschiedenheit und Mannichfaltigkeit der Stellungen ab.

Die Verzweigung oder Gliederung, die hier geschaffen ist, stellte sich als eine ideelle, nicht in äußeren *partes* dar, es ist nicht ein *imperium in regiones divisum*[1]; *„provincia"* hat noch nicht räumliche Bedeutung, sondern unterscheidet sich lediglich durch solche Momente, die von freier Zwecksetzung abhangen. Der Fortschritt von der Zeit des *Regnum* her besteht darin, daß anfangs Rom ein *imperium unitum* oder *in solidum* in der Concentrirung auf Eine Person besaß; dieses *imperium unitum* war zugleich *perpetuum*. Im Consulat stellt sich dann das *imperium* als ein Mehreren zugleich zukommendes dar, es ist nun in *partes* (*pro indiviso!*) *divisum* und *temporale;* die Getheiltheit aber zeigt sich unter den Consuln nur darin, daß keiner *invito altero* handeln darf; dazu kommt dann die abgesonderte Amtssphäre der Censoren und des Prätor, die ein für allemal ihre festgeordnete ideelle Provinz im Staate haben. Zwar ist schon in dem *imperium domi* und *militiae* der Anfang einer räumlichen Scheidung gesetzt, allein erst in der folgenden Periode bei der Organisation des Regiments der überseeischen Gebiete tritt das *imperium in regiones divisum* als fertiger Gedanke und fester Typus hervor; das *imperium prorogatum* erscheint dann regelmäßig als räumlich begrenztes *imperium*. Das so auseinanderfallende *imperium* schließt sich erst in der 4. Periode wieder zur ideellen und räumlichen Einheit und Totalität zusammen: dies ist die Bedeutung des imperatorischen Principats; dasselbe kann als ein *imperium connexum*[2] *ac perpetuum,* d. h. wieder in Einer Person und auf Lebenszeit concentrirt, bezeichnet werden.

3. Wir haben in *potestas* und *imperium* zwei selbständige Elemente der römischen Magistatur (im alten reinen Sinne) kennen gelernt, aber es ist auch schon bemerkt worden, daß die Reinheit und das Verständniß der Unterscheidung dieser beiden Elemente der späteren Zeit abhanden kam[3]. Der erste Anfang dieser Desorganisation der Magistraturidee ist in der *lex Aternia Tarpeja* enthalten, welche eines der Stücke des *imperium,* die *multae dictio,* den plebejischen Schutzherren einräumte und damit vom *imperium* begrifflich ablöste. Der zweite Schritt geschah mit der Einsetzung der Censur, indem der Inhalt dieser neuen Magistratur eigentlich wieder aus dem *imperium* genommen, völlig ausgeschieden und nach Art der *potestas* behandelt wurde. Von da an nimmt der Begriff des Imperium immer entschiedner jene Wendung, welche bereits früher durch die Beschränkung des *imperium domi* indicirt war: daß sie die militärische Seite der alten Magistratur darstellt.

Diese Wendung lenkt unsern Blick zurück auf jene *lex curiata,* welche dem *Rex,* dann den Consuln, dann auch dem Prätor das Imperium ertheilte. Es war die staatliche Aufgabe der Curiatcomitien, dem Magistrat das ihm erforderliche Imperium zu ertheilen, und dieser Akt wird nun vorzugsweise auf dies militärische Obercommando bezogen. Livius (5, 52) sagt: *Comitia curiata, quae rem militarem continent,* und Cicero (*de lege agr. 2, 12*): *consuli, si legem curiatam non habet, attingere rem militarem non licet.* Vielleicht gibt uns das einen Fingerzeig zur Beantwortung der von Lange auf-

---

1) Vergl. die Analogie der Tutel: *Si dividi inter se tutelam velint tutores, audiendi sunt, ut distribuatur inter eos administratio — vel in partes, vel in regiones; et si ita fuerit divisa, unusquisque exceptione summovebitur pro ea parte vel regione, quam non administrat. Ulp. fr. 3. i. f.* und *fr. 4. eod.*

2) Vergl. die Ausdrücke *unitum* und *connexum corpus* bei *Pompon. in fr.* 30. *de usurp. et usuc.* (41, 3).

3) Cursus § 66 und Excurse S. 71—75.

geworfenen Frage, wie wir uns *rogatio* und *jussus* bei der *lex curiata* construirt zu denken haben. Lange[1] denkt sich diese *lex curiata* als eine Art Arrogation, vollzogen durch den *Rex* an den Familienhäuptern, und er benutzt die Worte bei *Cic. pr. dom. 29: te esse interrogatum, auctorne esses, ut in te P. Fontejus vitae necisque potestatem haberet, ut in filio,* um danach die Formel zu reconstruiren. Allein hierin können wir schwerlich die eigentliche und ursprüngliche Arrogationsformel erkennen, weil das Wort *potestas* mit *imperium* identificirt erscheint. Die *potestas* hat der Magistrat bereits durch die Creation empfangen, nur um das *imperium* handelt es sich noch, und zu dessen Erlangung ist Arrogation nicht das adäquate Mittel, weil es *imperium* (*domesticum*) und *potestas* zugleich zu verschaffen bestimmt ist. Dazu kommt, daß es eine juristische Inconcinnität wäre, die in den Curien mitstimmenden *filiifamilias* mitwirken zu lassen neben den *patresfamilias* bei einem doch nur den letzteren zukommenden Akte. Nur insofern in der Lange'schen Hypothese der Gedanke liegt, daß die *lex curiata* nicht eine normative, sondern eine casuistische Beschlußfassung enthalte, scheint sie mir Wahrheit zu geben, denn die in der *lex curiata* ausgedrückte Norm stand fest und ward durch diese *lex* nur angewendet auf den einzelnen Fall. So steht denn die Ertheilung des Imperium durchaus nicht auf gleicher Linie mit den eigentlichen Gesetzgebungsakten, wie sie von den Centuriatcomitien und dann namentlich von den Tributcomitien ausgehen; höchstens die Fälle einer Abänderung des Curiatgesetzes können damit entfernt verglichen werden.

Statt auf die Arrogation, möchte ich auf den Soldateneid, das *sacramentum militum,* wodurch dem Feldherrn Gehorsam und Treue angelobt wurde, verweisen[2], und vielleicht bietet die *jurata operarum promissio* eine andere, nicht ganz verwerfliche Analogie dar. Papinian definirt — offenbar nach einer alten Tradition[3] — die *lex* als *communis reipublicae sponsio*[4]; *sponsio* im alten Sinne ist eidliche Betheuerung. Eine solche scheint nur angemessen entweder bei völkerrechtlichen Feststellungen, oder bei Unterwerfungsakten, wie sie in der Ertheilung des Imperium liegen. Ausdrücklich nennt Livius (2, 1; dazu 2, 2) einen Eid, welchen Brutus dem *populus* abnahm: *neminem passuros Romae regnare,* welcher wohl als ein Zusatz zur *lex curiata de imperio* zu denken ist[5]. Karlowa hat gezeigt, daß in der späteren Zeit verschiedene Eide der Soldaten zu unterscheiden seien: der eigentliche Fahneneid (das älteste Stück, wahrscheinlich mit dem Inhalt: *conventuros se jussu consulis nec injussu abituros*[6]), und außerdem ein Lagereid, Kampfeid und Gestellungseid[7]; von diesen würde vorzugsweise der erste im Auge zu behalten seyn, allein auch er ist natürlich nicht eine einfache Copie der *lex curiata,* sondern hat vielleicht aus dieser nur ein Element entlehnt, welches als Anhalt für die

---

1) Alterth. I. § 46. S. 304.

2) Auch Mommsen (Staatsr. I. *ed.* 2. S. 601) deutet auf diesen Zusammenhang hin, wenn er sagt: „Wie es von den Bürgern verlangt wurde, dass sie in ihren Curien den neu angetretenen Beamten ihres Gehorsams besonders versichern, so wird von den Soldaten gegenüber dem neuen Feldherrn die gleiche Erklärung gefordert. Dieselbe ist dem Curiatgesetz insofern gleichartig, als sie die bestehende Verpflichtung zum Gehorsam nicht begründet, sondern nur bestärkt; aber sie erscheint insofern gesteigert, als dort einfach Frage und Antwort gefordert werden, hier die eidliche Bindung, das *sacramentum* übernommen wird“. Gerade in diesen zwei letzteren Punkten weiche ich ab, indem ich die *lex curiata* auch für selbständige Grundlage der Gehorsamspflicht und eidliches Band halte.

3) Denn derselbe Gedanke kehrt bei Marcian unter Berufung auf Demosthenes wieder: *fr. 2. de legib.* (1, 3).

4) *fr. 1. eod.* — *Sponsio* und *sacramentum* stehen ursprünglich wohl in Zusammenhang, wie wir noch aus Gai. 4, 95 (s. Karlowa Röm. Civilproc. S. 30) sehen; *sacramentum* aber hiess auch der alte Fahneneid der Soldaten.

5) Vergl. Dion. 5, 10.

6) Liv. 3, 20; 22, 38. Dion. 10, 18. Polyb. 6, 21. Dazu Becker-Marquardt Alterth. III. 2. S. 291.

7) Karlowa S. 25.

Reconstruction des Curiatgesetzes benutzt werden könnte. Das Wort *jussus*, sonst vom *populus* dem rogirenden Magistrat gegenüber gebraucht, findet sich im Fahneneid auf den Magistrat selbst angewendet, und dies entspricht insofern auch der Stellung des das Imperium übernehmenden Magistrats, als derselbe eben dadurch zum Gebieter über die (einzelnen) *cives* erhoben wird. Wie bei anderen Eidesabnahmen mag also der die *lex curiata* beantragende Magistrat den Sacramentsinhalt vorgetragen haben (*verbis praeivit*)[1]: nun erst konnte der Consul das Heer in Anspruch nehmen, nun erst war für seine militärischen Operationen die rechtliche Grundlage gegeben, wie auch der Fahneneid die rechtliche Grundlage für den Kampf des *miles* gab, so daß dieser im Kampf nicht *latro*, sondern in Ausübung der *solennis et sacrata militia* war[2].

Es darf dabei nicht vergessen werden, daß *populus* und *exercitus Romanus* im Grunde identisch sind, aber freilich auch nicht, daß der *populus* der Curien nur die Patricier begriff, während im Servianischen *exercitus* auch die *militia* der Plebejer inbegriffen war, und schon deßwegen nicht an eine einfache Uebertragung der Form der *lex curiata* auf die *milites* gedacht werden konnte. Ich wiederhole daher, daß der Militäreid der geschichtlichen Zeit nur ganz im allgemeinen als eine Reminiscenz an die *lex curiata* aufgefaßt werden darf, und nur in diesem allgemeinen Sinne stelle ich sie der Lange'schen Arrogationshypothese entgegen. Die *creatio* des Magistrats und die *electio militum* geht dem Unterwerfungsakt vorher; die *lex curiata* und das *sacramentum militare* sind Unterwerfungsakte; beide sind *sponsio* oder *sacramentum* und setzen sich aus *rogatio* oder *precatio* und feierlicher Zusage der zu Verpflichtenden zusammen.

4. Unter den neben die Consuln gestellten Magistraten hat für die Rechtsgeschichte der Prätor die größte Bedeutung. Den Patriciern scheint bei der Abtrennung der Prätur vom Consulat der Gedanke vorgeschwebt zu haben, daß dem Patriciat gerade das ursprünglichste und centralste Stück der *regia potestas cum imperio*, nämlich die richterliche Function[3] als Monopol gerettet werden sollte; sie mögen die neugeschaffene Prätur schwerlich von Haus aus als eine geringere Würde und Stellung geplant haben; aber die Wucht militärischer Unternehmungen ließ die Prätur sehr bald hinter dem Consulat zurücktreten. Wenn Varro (*de L. L. 5, 80*) sagt: *praetor dictus, qui praeiret jure et exercitu*, und wenn Cicero (*de leg. 3, 3*) sagt: *regio imperio duo sunto iique praeeundo judicando consulendo* (?) *praetores judices consules appellamino*, so zeigt sich die Richterfunction als Ausgangspunkt der Magistratur und Kernpunkt in der erst später als Consulat bezeichneten Prätur; aber die Militärgewalt schließt sich unmittelbar an. *Praetor* ist daher ursprünglich wohl der, *qui praeit verbis*, und erst secundär der Anführer des Heeres[4]. Noch in den XII Tafeln hießen die zwei obersten Magistrate nicht *Consules*, sondern *Praetores*[5], wie ja auch in den latinischen

---

1) *Veget. de re milit. 2, 5: jurant, omnia se strenue facturos, quae praeceperit Imperator.* Vergl. Danz D. sacrale Schutz S. 28.

2) Karlowa Civilpr. S. 28 und Huschke D. Multa S. 368 ff. *Serv. ad Aen. 2, 157: post electionem jurant — habent plenam militiam.*

3) s. Excurse S. 57. Der alte Heroldsruf lautete: *Omnes Quirites, ite ad conventionem huc ad Judices.* Vergl. Mommsen Staatsr. II. 1. (*ed.* 2.) S. 78. Anm. 5.

4) Mommsen Staatsr. II. 1. (*ed.* 2.) S. 74 vermuthet, dass man in ältester Zeit die Oberbeamten, wo sie in ihrer friedlichen und bürgerlichen Sphäre thätig waren, *judices* und nur im Felde *praetores* genannt habe. Ich möchte eher vermuthen, dass der Amtstitel *Praetor* dem Gebiet des *fas*, *Judex* dem des *jus* angehörte und beide sich zu einander verhalten, wie *sacramentum* und *jusjurandum* (s. Karlowa R. Civilpr. S. 27 ff.).

5) *Fest. Vindiciae: Praetores secundum populum vindicias dicunt . . . Praetor arbitros tres dato.*

Städten die Oberbeamten gerade unter diesem Amtstitel vorkommen[1]; der Dictator wird als *Praetor maximus* bezeichnet[2]. Seit Einsetzung der Prätur mögen im Gegensatz des Einen die bisherigen Zwei als *Consules* (Collegen im engern Sinne) bezeichnet worden seyn[3], und als sich feststellte, daß der Prätor eine geringere *vis imperii* habe, was mit dem Auguralwesen zusammenhing, da mag die unterscheidende Bezeichnung *Praetores majores* und *minores* aufgekommen seyn[4]; *praetores minores* konnte seit Einsetzung des *praetor peregrinus* gesagt werden. Dabei muß beachtet werden, daß der *Praetor* (*urbanus*) keineswegs des vollen Imperium ganz ermangelte, und daher mehrmals Prätoren als Träger des militärischen Obercommandos erscheinen, theils allein, theils neben einem Consul[5]. Nur die Praxis war es, welche dann den Prätor regelmäßig auf das *imperium mixtum* (*sc. jurisdictioni*) einschränkte und ihn hauptsächlich als Träger des *imperium domi*, welches ja längst schon durch die Provocation und tribunicische Intercession beschränkt war, dachte.

In der Prätur liegen einige Züge von Abnormität. a) Der Prätor ist College der Consuln, und doch seine *vis imperii* eine geringere, während anderseits wieder, obwohl das prätorische Imperium der Kraft nach niedriger ist, es doch an Umfang nicht hinter dem Consulat zurücksteht und sogar inhaltreicher ist, denn dem Consulat ist die Jurisdiction, welche der Prätur ertheilt ist, ganz entnommen und fremd geworden[6].

b) Der Prätor soll vornehmlich Jurisdiction üben, der übrige Inhalt des Imperium schlummert für ihn gleichsam, erwacht nur unter Umständen, zur Zeit der Noth, bez. nach Gutfinden des Senats; wo aber der Prätor das militärische Commando übernimmt, unterscheiden sich qualitativ in der „Handhabung des Commando“ die prätorischen Befugnisse nicht von den consularischen[7]. Hiernach sind in der Prätur eine reservirte Specialcompetenz und eine stellvertretende Generalcompetenz zu unterscheiden.

c) Der Prätor hat keinen Collegen im engern Sinne, der mit ihm in demselben Amtsgebiet concurrirte; während die Consuln und ebenso die Censoren als Paar und in ihrem Geschäftsbereich concurrirend fungiren, ist der Prätor alleiniger und ausschließlicher Herr in seinem engeren Bereich (*provincia*), und Mommsen hat nicht Unrecht, wenn er dies eine Rückkehr zu dem monarchischen Princip nennt[8]. Ich halte das für den Punkt, in welchem einzusetzen ist, um das Hervorgehen der (wesentlich monarchischen) Provinzialstatthalterschaft aus der Prätur zu verstehen[9]. Freilich so nachbarschaftlich an

---

1) Mommsen Staatsr. II. 1. (*ed.* 2.) S. 72.

2) *Ut qui Praetor maximus sit, Idibus Septembribus clavum pangat: Liv.* 7, 3 (jct. 22, 10). Mommsen Röm. Chronologie S. 178.

3) *Fest. ep. p.* 136*: Major magistratus consul dicitur.* Hier wird die Benennung Consul an die Vergleichung mit einem vergleichbaren, aber geringeren Magistrat geknüpft, und in der That rechtfertigt sich seit Einsetzung des (in seinem Bereich) allein fungirenden Prätor ganz besonders der das Concurriren ausdrückende Titel der Consuln (s. Text sub 3).

4) *Fest. Maximum praetorem: pro collegio augurum decretum est, quod in salutis augurio praetores majores et minores appellantur, non ad aetatem, sed ad vim imperii pertinere.* Aehnlich *Liv.* 41, 14*: praetores, quibus et vis imperii minor et auctoritas esset.*

5) Mommsen Staatsr. II. 1. (*ed.* 2.) S. 186. 224. Lange Alterth. I. (*ed.* 3.) § 83. S. 779.

6) Mommsen S. 223. Lange Alterth. I. (*ed.* 3.) § 83. S. 771.

7) Mommsen S. 91. „Ausser der Civiljurisdiction stehen dem Prätor auch die consularischen Befugnisse wesentlich alle zu, jedoch alle nur aushilfsweise, so dass der eigentliche Träger derselben der Consul ist, und der Prätor sie in dessen Anwesenheit nur auf besonderes Geheiss (und zwar regelmässig des Senats), dagegen in Abwesenheit des Consuls regelmässig ausübt. Eigentliche Vertretung im Rechtssinn ist diese prätorische Function keineswegs, vielmehr einfache Consequenz des Satzes, dass der Prätor College der Consuln und Inhaber gleichartiger Amtsgewalt ist, welche nur im Falle der Collision als die schwächere zurücksteht“. S. 222.

8) Mommsen I. 1. S. 44. II. 1. S. 199.

9) Mommsen II. 1. S. 230. Lange Alterth. I. S. 777 und 781.

diesem Punkte der *Praetor* dem *Rex* erscheint, so weit entfernt er sich anderseits von ihm wieder durch die Beschränktheit seines (Special-) Bereichs.

d) Endlich ist dieses Princip der reservirten Specialcompetenz dann auch festgehalten und bez. weitergebildet worden, als andere Prätoren neben dem *Praetor urbanus* eingeführt wurden. Die mehrern Prätoren galten nie als berufen zum Zusammenhandeln, sondern jeder blieb ausschließlich für sein Gebiet competent[1]. Diese Feststellung und Abgrenzung der ideellen Provinzen bildet das historische Gelenk zwischen der beweglichen, lediglich compromissarischen Rollenvertheilung der Consuln und dem späteren System räumlich abgegrenzter Amtssphären (*provinciae* im späteren geographischen Sinne).

Uebrigens darf nicht außer Acht bleiben, α) daß gleich dem Prätor auch schon die Censoren ihre Specialcompetenz erhalten haben, und β) daß in der Censur, dem Consulat und der Prätur insofern eine Abstufung verwirklicht ist, als für das Censorenpaar der Gedanke solidarischer Amtsführung, in der Prätur der Gedanke getrennter Amtsführung am strengsten durchgeführt ist, und in dieser Hinsicht zwischen beiden das Consulpaar die Mitte hält.

## XXIII. Kapitel.

### II. Die Rechtsquellen.

(Zu § 113—117.)

### I.

### Die XII Tafeln.

*A.* Ich habe die XII Tafeln, um deren Bedeutung zu kennzeichnen, mit der homerischen Epopöe verglichen[2]. Wie in dieser die griechische Phantasie Bett und Bahn, Grundlage und Rahmen zugleich fand, so die römische Rechtswelt in der *lex decemviralis*. Der Fülle der homerischen Sprache kommt die Kraft der Sprache der XII Tafeln gleich; sie sind die 2 größten Monumente der heidnischen Kultur und bilden die bedeutsamsten Ausgangspunkte der classischen Antike. Aus der homerischen Mythenwelt entsproß die griechische Dramatik und Philosophie, in den XII Tafeln wurzelt die römische *Interpretatio fori,* das Edikt der Prätoren und die Jurisprudenz der Kaiserzeit.

Der Lapidarstyl der XII Tafeln, welchem *Caecilius Africanus* bei Gell. 20, 1 das Lob einer *elegans et absoluta brevitas verborum* ertheilt, hat für uns, wie schon für die römische Kaiserzeit, etwas Hieroglyphisches; was wir z. B. aus den Sätzen *Tertiis nundinis partis secanto!* (*tab. III.*) — *Usus auctoritas fundi biennium esto, ceterarum rerum annus!* (*tab. VI.*) zu machen haben, oder vielmehr, welcher ihr ursprünglicher und nächster Sinn in den XII Taff. selbst und im Zusammenhange des damaligen Anschauungssystems gewesen sei, darüber gehen die Ansichten gerade der tiefsten Forscher auseinander. Um so größer ist der Reiz für den Forscher, den nach Lessingscher Art das Streben nach Wahrheit glücklicher macht, als selbst deren Besitz. Ich nannte den Styl der XII Taff. einen Lapidarstyl; aber in diesen Quadern pulsirt eine unerschöpfliche Lebensfülle. Zweierlei möchte ich daran betonen: 1) es ist spröder Ausdruck und doch lebendiger Gedanke zugleich, wenn mit naiver Wendung und in der raschen Folge knapper Sätze so oft das Subjekt gewechselt wird, z. B. in Taf. III. *Ni judicatum facit* (d. h. der Schuldknecht),

1) Mommsen S. 199. *Cic. de off.* 3, 20. darf nicht als Widerlegung gelten. — 2) Cursus § 79 a. E.

*secum ducito* (d. h. der Schuldherr); *vincito nervo aut compedibus — si volet suo vivito* (der Schuldknecht)! 2) Wie es jugendlichem Geiste eignet, so bewegt sich der Gedanke der XII Taff. gleichsam in einer höheren, von den Niederungen der Alltagssprache sich abhebenden Region: *familia* und *pecunia* werden gesagt, wo sonst die Ausdrücke *res mancipi* und *nec mancipi* gebraucht werden[1]; *forctes* bedeutet wahrscheinlich die Clienten[2]. Der Gebrauch der Worte *lingua* (*uti lingua nuncupassit: tab. VI.*), *sanas* oder *sanus* (*idem forcti sanatique jus esto! tab. I.; ni sani lapides sunt* in *tab. VII.* nach Bergk'scher Conjectur) verräth noch die Naivität eines Geschlechts, welches doch zugleich stark zur Reflexion neigt und einen vergleichenden Blick auf die griechische Nachbarkultur wirft.

Schon zur Zeit der Tarquinier spielen griechische Kulturwellen in die römische *Urbs quadrata* herein; um so weniger braucht man Anstoß an der Tradition zu nehmen, daß die Decemvirn griechische Muster vor sich gehabt hätten[3], und ein Ephesier Hermodorus ihnen als Dollmetscher der Griechenwelt gedient habe. Daß die alte Hermodorusstatue dafür ein unwiderlegliches Zeugniß sei, ist gewiß mit Recht bemerkt worden. Den patricischen *duoviri sacrorum* sollen schon in alter Zeit zwei *servi publici* griechischer Abkunft als Dollmetscher beigegeben gewesen seyn[4]; diese *duoviri* aber hatten die Obhut der Sibyllinischen Bücher, auf deren Aussprüche die Aufnahme des Kultus des Apollo und anderer griechischer Götter zurückgeführt wurde[5]. Es könnte seyn, daß auch Hermodorus ein Dollmetscher der *duoviri* war; jedenfalls hatte die Zuziehung eines Griechen in das Consilium der Gesetzgebungsbehörde nichts Auffallendes.

Endlich verdient hervorgehoben zu werden, wie sehr die positiven Sätze vor den prohibitiven in den XII Taff. vorwiegen. Zu den wenigen überlieferten der letzteren Art gehören: *tignum junctum aedibus ne solvito* (*tab. VI.*) — *usus capionem XII tabulae intra quinque pedes esse noluerunt* (*tab. VII.*) — *furtivam rem lex XII tabb. usucapi prohibet* (*tab. VIII.*) — *ne quis unciario foenore amplius exerceat* (*tab. VIII.*) — *interfici indemnatum quemcunque hominem XII tabularum decreta vetuerunt* (*tab. VIII.*) — *ne quis in Urbe coetus nocturnos agitet* (*tab. VIII.*) — *privilegia ne irroganto* (*tab. VIII.*) — *hominem mortuum in Urbe ne sepelito neve urito . . . rogum ascea ne polito* (*tab. X.*) — *mulieres genas ne radunto neve lessum funeris ergo habento* (*tab. X.*) — *homini mortuo ne ossa legito, quo post funus faciat* (*tab. X.*) — *neve aurum addito* (*tab. X.*) — *rogum bustumve novum vetat* (*lex*) *propius sexaginta pedes adici aedes alienas invito domino* (*tab. X.*) — *ne plebi et patribus sint conubia* (*tab. XI.*). Diese Sätze treten an Zahl und Bedeutung hinter den Sätzen positiven Inhalts sehr zurück; von einzelnen ist es überdies fraglich, ob sie in den XII Taff. selbst als Verbote formulirt waren; die meisten gehören dem Polizeigebiet an. — Diese Erscheinung scheint nicht unwichtig für die Grundauffassung des Rechts, welches seinem innersten Wesen nach nicht Grenzen zu ziehen, Schranken aufzurichten, sondern Macht und Vermögen zu gewähren, zu sichern bestimmt ist[6].

*B.* Die Vertheilung des Inhalts unter die einzelnen Tafeln, m. a. W. die Disposition des ganzen Werkes zu wissen, wäre von höchstem Interesse; es

---

1) Vergl. oben S. 110.

2) Em. Hoffmann (i. d. Zeitsch. f. österr. Gymnas. Wien 1866. S. 572) bemerkt dazu, dass auch andere publicistische Doppeltitel vorgekommen sind, z. B. *Proci* statt *Patricii* in der Servianischen Classeneintheilung und in den Censorischen Tafeln, *Celeres* statt *Equites*.

3) Zu weit geht Fr. Hofmann Beitr. z. Gesch. d. griech. u. röm. R. (1870) S. 19 fg.

4) Dion. 4, 62; Zonar. 7, 11. — 5) Lange Alterth. I. § 57. — 6) Vergl. oben S. 8. 9.

hieße: die Lage der Wurzeln des römischen Rechtsorganismus kennen. Ueberliefert ist uns, daß den Anfang des Ganzen Satzungen über die Behandlung der Rechtsstreitigkeiten bildeten; aber im Uebrigen und so auch in der Anordnung des Stoffes scheinen die Rücksichten der Klage und Vertheidigung nicht im Vordergrunde gestanden zu haben. Die Substanz der Rechte, nicht die Form ihrer Geltendmachung war maßgebend, und dies entspricht ganz und gar dem in die Tiefe des Wesens dringenden Rechtssinne der Römer.

Leider sind wir bei Bestimmung der Stellung der einzelnen Sätze der XII T. großentheils auf Conjectur und Combination angewiesen. Als Anhaltspunkte für die Einordnung der Sätze, die uns theils im ursprünglichen alterthümlichen Wortlaut, theils in relationsweiser und modernisirter Wendung, und nicht immer durch Juristen, sondern vorzugsweise durch Alterthümler überliefert sind, treten folgende hervor[1]. 1) Die Vorschriften über die *in jus vocatio* sollen in der I. Tafel, die Gründe statthafter Verlängerung von Processfristen in der II. Tafel gestanden haben[2]; 2) eine Vorschrift über die väterliche Gewalt soll in der IV. Tafel enthalten gewesen seyn[3]; 3) von den Vorschriften über Einrichtung und Cerimoniell der Leichenbegängnisse wird gesagt, daß sie in der X. Tafel standen[4], und 4) das Verbot des Conubium zwischen Patriciern und Plebejern soll in einer der beiden letzten Tafeln nachgeholt worden seyn[5]. Diese Kenntnisse hat man nun verwerthet, indem man annimmt, daß die Decemvirn bei der Anordnung der Tafeln nicht willkürlich und nach Zufall zu Werke gegangen sind, sondern den Stoff nach institutionellen Gesichtspunkten gruppirt und daher in jeder Tafel eine oder mehrere Materien im Zusammenhang behandelt haben: man ist so zu dem Schlusse gelangt, daß in der I. und II. Tafel der Civilproceß, in der IV. Taf. die väterliche Gewalt, bez. das Familienrecht überhaupt, in der X. Taf. das Sacral- und Funebralrecht Platz gefunden haben.

Außerdem hat man darauf hingewiesen, daß Gaius seinen Commentar zu den XII Taff., aus welchem mehrere Fragmente in den Digesten Justinian's stehen, in 6 Bücher getheilt hatte; die Vermuthung drängt sich auf, daß er immer je 2 Tafeln in Einem Buche behandelte. Dirksen[6] hat hieran die weitere Vermuthung geknüpft, Gaius möge zu jener Sechstheilung dadurch bewogen worden seyn, daß immer zwischen je 2 Tafeln eine sachliche Verbindung gewesen sei. Endlich hat man eine gewisse Uebereinstimmung zwischen der Ordnung der XII Taff. und der Ordnung des prätorischen Edikts, weiter auch der Digesten Justinian's wahrgenommen und dies zu benutzen versucht. Große Verdienste um die Restitution der XII Taff. haben sich Jac. Gothofredus im 17. Jahrh., Dirksen und Schöll in unserm Jahrh. erworben. Ich werde wie bisher, so auch im Folgenden hauptsächlich der Dirksen-Schöll'schen Aufstellung folgen.

Wie viel uns von dem Inhalt des Zwölftafelwerkes quantitativ an wörtlichen oder annähernd wörtlichen Theilen bewahrt ist, ob etwa der zehnte Theil des Ganzen, mehr oder weniger vorliegt, ist schwer zu sagen. Es darf wohl angenommen werden, daß der größere Theil dessen, was der Kaiserzeit von den XII Taff. interessant schien, gerettet ist; wer aber will sagen, ob dies auch der größere Theil dessen ist, was in der Zeit der XII Taff. selbst

1) Vergl. Schwegler R. Gesch. III. S. 29.
2) *Cic. de leg.* 2, 4; — *Fest. v. Reus.* — 3) *Dion.* 2, 27.
4) *Cic. de leg.* 2, 25. — 5) *Cic. de republ.* 2, 37; *Dion.* 10, 60.
6) Versuche z. Kritik der XII Taff. (1824) S. 15. 108 ff.

und in den unmittelbar folgenden Jahrhunderten durch Wichtigkeit hervorragte?

*C.* Die XII Taff. waren auf dem Forum öffentlich angebracht und blieben da 60 Jahre lang, bis sie in dem Gallischen Brande verloren oder untergingen. Ihr Inhalt wurde dann neu zusammengestellt, wie Livius (6, 1) berichtet; aber derselbe sagt nicht, daß diese Zusammenstellung wieder in Erztafeln auf dem Forum angebracht worden sei. Abschriftlich, selbst in feierlichen Copien, mögen sie viel verbreitet worden seyn; die einzelnen Sätze standen in der Erinnerung des Volkes fest, und die Kunde ihres Wortlauts wird auch in den Provinzen immer ein Kennzeichen und der Stolz des römischen Bürgers gewesen seyn. Bei Plautus, Terentius, Ennius, auch bei Lucilius, Afranius, dem *Rhetor ad Herennium* und Varro finden sich Anspielungen auf den alten Wortlaut, welche für die Popularität desselben vollgiltiges Zeugniß ablegen[1]. Und als die XII Taff. durch das prätorische Edikt aus der Praxis und der Schule verdrängt wurden — am Ende der Republik — da wendete sich der Blick und Fleiß der antiquarischen und juristischen Schriftsteller dem ehrwürdigen Stoffe zu. L. Aelius Stilo Praeconinus verfertigte eine Erläuterung der XII Taff.; eine ganze Commentarliteratur folgte: Servius Sulpicius Rufus, L. Cincius, Aurelius Opilius, Sinnius Capito, Atejus Capito, Antistius Labeo, Verrius Flaccus[2]. Wie gern sich Cicero mit den einzelnen Sätzen und dem Geiste der XII Taff. beschäftigte, ist bekannt. Plinius (*Hist. nat.*) und Gellius (*Noct. Attic.*) im ersten, dann Sextus Pompejus Festus (*de verb. signif.*) und Maurus Servius Honoratus (*in Vergilium*, besonders *in Aeneidem*) im vierten Jahrh. haben viele Citate aus den XII Taff. und beweisen, daß die vielfach nicht mehr verstandenen Ruinen jener Gesetzgebung noch immer ihren Reiz hatten. Selbst dem Juristen Gaius, der in der zweiten Hälfte des zweiten Jahrh. der Kaiserzeit die XII Taff. ausführlich commentirte, scheint Vieles unverständlich gewesen zu seyn[3].

Dies aber hindert nicht, dem, was der Carthaginienser Cyprian[4] um d. J. 245 n. Chr. schreibt, Glauben zu schenken: *incisae sunt leges XII tabulis et publice aere praefixo jura praescripta sunt*[5]; was auf Carthago zu beziehen ist. Und daß dort noch im 5. Jahrhundert die Sätze der XII Taff. öffentlich zu lesen waren, bestätigt der Presbyter Salvianus Massiliensis, welcher die *XII tabularum decreta* als in jener Stadt noch geltendes *jus paganum* bezeichnet[6]. Abschriften der XII Taff. mögen in vielen Städten Italiens und der Provinzen Jahrhunderte lang zu finden gewesen seyn; daß es gerade in Carthago einen (officiellen?) besonders in Ehren und Obacht gehaltenen Text gab, erklärt sich vielleicht aus der Entstehung des neuen Carthago, welches als erste Colonie außerhalb Italiens durch August i. J. 29 v. Chr. gegründet wurde[7]. Mit den Vorträgen eines Juristen und zugleich Dichters Leo über die XII Taff.[8], eines Zeitgenossen des Salvian in der Stadt Narbo, verklingen die letzten sicheren Reminiscenzen im Mittelalter.

Erst die elegante Schule des 16. Jahrh. lenkte die Aufmerksamkeit wieder auf die Fragmente; die Literatur, welche hieraus erwuchs (Balduin, Contius, Petr. Pithoeus; J. Scaliger, Cujacius, Fulvius Ursinus, Paul. Merula)

---

1) Schöll *Legis XII tab. reliq. p.* 8. 9. — 2) Schöll *p.* 22—39.
3) Schöll *p.* 13. *Not.* 1. — 4) *Ep. ad Donatum, c.* 9.
5) Abweisend Schwegler R. Gesch. III. S. 27; zweifelnd Puchta Curs. § 55 a. A. Dazu aber Rudorff Anm. c.
6) *Salv. de gubernatione dei* 8, 5. — 7) *Vellej.* 1, 15; 2, 7. — Schöll *p.* 17.
8) *Sidonius Apollinaris, carm.* 23 (*Elogium Narbonis*).

fand ihren Abschluß in dem Commentar des Jac. Gothofredus[1], wie diejenige (unbedeutende) des 17. und 18. Jahrh. durch Dirksen. Seit diesem Gelehrten, dessen Arbeit eine grundlegende ist, hat durch den Fortschritt der Linguistik auch die Kritik der Zwölftafelfragmente an Feinheit und Festigkeit gewonnen; eine Frucht dieser Erneuerung ist die Schrift von Schöll, welcher mit dem ausgebildeten Apparat der Philologie dem Juristen dankenswerth in die Hände gearbeitet und mit nüchternem Fleiße unternommen hat, die überlieferten Fragmente vollständig zusammenzubringen (p. 39—72), zu sichten und in der Form, in welcher die Ueberlieferer selbst sie besaßen[2], festzustellen (p. 72—112). In der folgenden Uebersicht habe ich mich der üblichen Anordnung der Fragmente (p. 115—162) angeschlossen.

*D.* Die wichtigeren Fragmente, namentlich die annähernd wörtlich erhaltenen, sind:

**Tab. I.** *Si in jus vocat, ito. Ni it, antestamino; igitur em (= eum) capito.*

*Si calvitur pedemve struit, manum endo (= in) jacito.*

*Si morbus aevitasve vitium escit, [qui in jus vocabit] jumentum dato; si nolet, arceram ne sternito.*

*Adsiduo vindex adsiduus esto; proletario jam civis, quis volet, vindex esto*[3].

D. h. Wenn Jemand vor Gericht fordert, soll man folgen. Folgt man nicht, sollen Zeugen aufgerufen werden. So möge der Vorfordernde den Anderen fassen. Wenn dieser durch Ausflüchte hinzuhalten oder zu entweichen sucht, so vollziehe jener die Handanlegung. Ist der Vorgeforderte krank oder altersschwach, so biete der andere ein Lastthier zum Gebrauch; eine Sänfte braucht er dem Weigernden nicht zu bieten. Für den Bemittelten soll ein Bemittelter, für den Unbemittelten kann jeder Bürger als Vindex eintreten.

Daß das *capere* und *manum injicere* als zwei Stufen des Verfahrens zu unterscheiden seien, haben schon v. Bethmann-Hollweg[4] und Huschke[5] bemerkt, und Karlowa[6] genauer festgestellt; hiernach wird, wie schon Puchta[7] annahm, dem Vorfordernden für den Fall, daß der Gegner dem Processe sich ganz zu entziehen sucht, das besondere Verfahren der *legis actio per manus injectionem* gewährt und also der Widerspenstige *pro judicato* behandelt. —

*Nexo mancipatoque ac forcti sanatique supra infraque Romam idem juris esto.*

D. h. Der in fremde Gewalt (*nexum, mancipii causa*) Gerathene hat gleiches Recht mit dem Clienten und Schutzverwandten[8]. — Ist diese Hoffmann'sche Ergänzung und Deutung richtig, so müßte der Satz vielleicht in eine der letzten Tafeln und nicht mit Dirksen in die erste verwiesen werden; doch könnte immerhin auch in dieser Fassung der Satz proceßrechtliche Bedeutung, und demgemäß in der I. Tafel seinen Platz haben. Mir gibt noch immer jene

---

1) *Fragmenta XII tabularum restituta*, Heidelb. 1616. Verbessert in *Gothofr. Fontes IV. juris civilis, Genev.* 1653. Auch in Otto *Thesaur. jur civ T. III.*

2) „*Monendum est, non id nos agere, ut vetustam legis formam, qualis fuerit a decemviris profecta, vanis conjecturis revocemus; sed ut legis verba, qualia grammatici et interpretes antiqui, quibus debemus fragmenta, legerint, constituamus, haud secus atque Homerica studia id nunc maxime sectantur, ut vetus quale Alexandrinis comparuerit carminum exemplar refingant*“ (*p.* 73). Jene Bemerkung über die *vanae conjecturae* kann namentlich auf den Versuch des Philologen Nic. Funccius (*Leges XII tabb. suis fragmentis restitutae, Rintel.* 1744), den archaischen Text zu reconstruiren, bezogen werden.

3) *Gell.* 20, 1; *Fest. v. Struere*, und *Pedem struit*; *Gai. in fr.* 233. *de V. S.*; *Varro de L. L.* 5, 140; *Gell.* 16, 10; *Cic. Top.* 2. — *Aevitas = senectus*: vergl. *Plaut. Rud. V*, 2, 60.

4) R. Civilpr. I. S. 106. Anm. 6. — 5) D. alte röm. Jahr, S. 323.

6) R. Civilpr. S. 321. — 7) Curs. § 160. — 8) Vergl. oben Exc. S. 64. 65.

Deutung den einfachsten und natürlichsten Sinn, sie scheint mir auch den Bedenken von Bruns[1] gegenüber noch rettbar, denn warum konnte man nicht den *noxae causa* mancipirten Bürger kurz mit *mancipatus* bezeichnen? *Nexus* ist der selbständige, *mancipatus* der unselbständige Bürger, beide *captivi loco* und der Ausübung der publicistischen Rechte verlustig. Dieser Zustand mag gewohnheitsrechtlich fließend gewesen und durch die XII Taff. präcisirt worden seyn; der Censor mußte sie aus den Heerlisten streichen und in getrenntes Verzeichniß bringen[2]. Unter *forctis* (*fortis, forctus*) ist hier der Client im alten patricischen Sinne verstanden, wahrscheinlich mit Bezug auf sein Lehngut[3]. Dieser alte Ausdruck darf in der Gesetzessprache nicht überraschen. „Damit würde sich“, sagt Hoffmann (S. 572), „immer noch vertragen, daß in einer anderen Gesetzesstelle, wo gerade der sacrale Schutz vor Willkür seiten des Patronus betont werden soll, der Schutzbefohlene mit *Cliens* bezeichnet wird: *Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto.* Es ist jedoch im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß dieser sacral- oder naturrechtliche Satz, der in ähnlicher Fassung auch in Sparta die Heloten schützte, eine Bestimmung der XII Taff. gebildet haben sollte. Das Zeugniß des Servius (*in Aen. 6, 609*), der auch sonst ungenau über die XII Taff. berichtet (s. Schöll p. 15. 49), kann gegenüber dem Zeugniß anderer Schriftsteller, die diesen Satz als eine Verordnung des Romulus bezeichnen (Dion. 2, 10), nicht in Betracht kommen[4]. Man meint, sie sei gleich anderen uralten Rechtssätzen von den Decemvirn aufgenommen worden. Allein weder paßt eine auf Fluch lautende Strafbestimmung in die bürgerliche Gesetzgebung, noch konnte für diese überhaupt eine Veranlassung oder die Möglichkeit vorliegen, sich in das nur unter den Schutz der Götter, nicht des Staats, gestellte Verhältniß der Clienten zu den Patronen einzumischen“.

Freilich scheint bei den (späteren) Römern selbst die Ansicht vorherrschend gewesen zu seyn, daß unter den *Forctes* und *Sanates* Völkerschaften zu verstehen seien[5]. Festus sagt: *Sanates dicti sunt, qui supra infraque Romam habitaverunt; quod nomen his fuit, quia, cum defecissent a Romanis, brevi post redierunt in amicitiam, quasi sanata mente. Itaque in XII cautum est, ut idem juris esset Sanatibus quod Forctibus, i. e. bonis et qui nunquam defecerant a populo Romano.* Bei dem getrübten Blick der späteren römischen Antiquare kann uns diese Aeußerung nicht schlechterdings maßgebend seyn, um so weniger, da bei Festus[6] selbst eine Andeutung abweichender Ansichten zu finden ist. Uns ist das Problem um so verwickelter, als der Text der XII Taff. selbst uns nur lückenhaft vorliegt und die Lücke verschiedentlich ausgefüllt wird. Dirksen[7], der Scaliger-Gothofred'schen Conjectur (*nexo soluto — que*) folgend bezieht die Satzung auf die Sicherstellung der Rechte des *solutus* hinsichtlich der Proceßbürgschaft und stellt sie daher hinter die Vorschrift über den Vindex; Göttling[8] findet hier die Gleichstellung der Plebejer und Clienten ausgesprochen. —

---

1) *Fontes juris Rom* (*ed.* 3.) *p.* 263.
2) Hoffmann i. d. Zeitschr. f. österr. Gymnas. (1866) S. 579—588.
3) Vergl. oben Exc. S. 63. — 4) Vergl. jedoch oben Exc. S. 92.
5) Daher auch die Neueren gern dieser Ansicht zuneigen; Niebuhr R. Gesch. II. S. 378 ff.; Sell Recuperatio S. 480 ff.; Huschke Recht des Nexum S. 245 ff. und *Jurispr. antejust. p* 26; Schwegler R. Gesch. II. S. 745. Anm. 8; III. S. 5; Voigt *Jus naturale IV.* S. 266 ff.; Mommsen R. Gesch. I. S. 103; freilich auch wieder von einander vielfach abweichend.
6) s. Bruns *Fontes jur. Rom. p.* 264.
7) XII Tafel-Fragm. S. 122. 164.
8) Röm. Staatsverf. S. 130.

*Rem ubi pacunt, orato.*
*Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunto. Com peroranto ambo praesentes.*
*Post meridiem praesenti litem addicito. [Si ambo praesentes] sol occasus suprema tempestas esto*[1].

D. h. Wenn die Proceßparteien sich in Güte vergleichen, soll Kläger dies (vor dem Magistrat) erklären. Wenn sie zu keinem Vergleich gelangen, sollen sie im Comitium oder Forum[2] bis zur Mittagszeit ihre Sache anbringen. Dann sollen sie beide gegenwärtig (in Person) ihre Sache ausführen. Nachmittags soll der Magistrat in Abwesenheit des Einen den Spruch zu Gunsten des Anwesenden fällen. Sonnenuntergang soll Schlußzeit seyn[3]. — Der Ausdruck *litem addicere* scheint nur den Gedanken des *judicare* und *pronuntiare*, nicht aber des *condemnare vel absolvere* zu enthalten. — Später (zur Zeit des Formularprocesses?) kommt Viertheilung des Gerichtstags auf (*Censorin de die natali 23, 9*), und nicht schon *post meridiem*, sondern erst *hora decima* erfolgte Contumazerklärung, d. h. eine Stunde nach der Mittagspause. Eine *lex Plaetoria* verordnete: *Praetor urbanus duo lictores apud se habeto isque* (oder *usque* oder *cisque*) *supremam ad solem occasum jus inter cives dicito* (*Censor. c. 24*); wozu *Varro* (*de L. L. 6, 5*) hinzufügt: *id quoque tempus jubet* (*lex*) *esse supremum, quo praeco in comitio supremam pronuntiavit populo*[4].

**Tab. II:** *Morbus sonticus . . . aut status dies cum hoste; quid horum fuit vitium judici arbitrove reove, eo dies diffensus esto. Cui testimonium defugerit, is tertiis diebus ob portum obvagulatum ito*[5].

D. h. Wenn erhebliche Krankheit oder (erster) Gestellungstermin im Recuperatorenproceß den Spruch- oder Schiedsrichter oder eine Partei am Erscheinen hindert, so ist neuer Termin anzusetzen. Die Partei, welcher der erwartete Zeuge ausbleibt, soll denselben für den nächsten Termin (*perendinus dies*) feierlich laden (*ad domum denuntiare*)[6]. — *Morbus sonticus* bedeutet jede erhebliche Krankeit, welche als *impedimentum legitimum* (Ehehaft) gelten kann; der *status dies cum hoste* ist wahrscheinlich der das Gastgericht *in jure* einleitende Termin, indem, wenn es sich um summarische Erledigung eines Rechtsstreits zwischen Bürgern und zeitweise in der Stadt befindlichen Peregrinen handelte, das Gelangen zum 1. Termin besonders wichtig war. Die *dies tertii* beziehen sich auf die gerichtliche *comperendinatio*. —

**Tab. III:** *Aeris confessi reisque aere judicatis triginta dies justi sunto.*
*Post deinde manus injectio esto. In jus ducito.*
*Ni judicatum facit aut quis endo (= in) eo in jure vindicit, secum ducito. Vincito aut nervo aut compedibus*[7]. *Quindecim pondo ne majore*[8], *aut si volet, minore vincito.*

---

1) *Rhet. ad. Herenn.* 2, 13; *Gell.* 17, 2; *Varro de L. L.* 7, 51; *Plin. h. nat.* 7, 60.
2) Vergl. Cursus § 152.
3) Verschiedene Ansichten: Bergk Rhein. Mus. f. Phil. Bd. 19. S. 605; Danz d. sacrale Schutz S. 215; Karlowa Civilpr. S. 268 ff. 315. 369; Huschke d. Multa S. 447 ff.
4) Karlowa S. 318.
5) *Gell.* 20, 1; *Fest Sonticum — Portum — Status dies — Reus*; *Plaut. Curcul. I*, 1, 4. 5; *Jul. in fr.* 60. *de re jud.* (42, 1); im Militäreid bei *Gell.* 16, 4: . . . *morbus sonticus auspiciumve . . . status condictusve dies cum hoste: si cui eorum harunce quae causa erit, tum* . . .
6) Vergl. Rudorff R. Rechtsgesch. II. § 96; v. Bethm.-Hollw. Civilpr. I. S. 69; Voigt *Jus naturale* II. S. 180; Huschke d. alte röm. Jahr. S. 315; Sohm Process d. *lex Salica* S. 133 (*sonticus — sons* — im fränkischen Recht: *sunnis*); Karlowa Civilpr. S. 228. 367. 373. Schöll *p.* 95.
7) *Fest. Nervum*; Rudorff R. Rechtsgesch. II. § 89. Anm. 26.
8) So nach der Conjectur des Cujacius. Vergl. Huschke Nexum S. 70. 147. Puchta Curs. § 179. Anm. 1; Lange Alterth. I. § 38.

*Si volet, suo vivito. Ni suo vivit [qui eum vinctum habebit], libras farris endo dies dato. Si volet, plus dato* [1].

D. h. Im Fall (gerichtlichen) Schuldzugeständnisses und für die wegen Schuld Verurtheilten soll eine 30tägige Rechtsfrist seyn. Dann soll Handanlegung stattfinden. Der Forderungsberechtigte soll den Schuldner vor den Magistrat führen. Wenn der Schuldner nicht (sofort) dem Urtheil nachkommt, oder seiner vor dem Magistrat nicht Jemand sich als Vindex annimmt, so mag der Berechtigte ihn in Haft nehmen. Er mag ihn in hölzernen oder anderen Fesseln halten; dieselben dürfen nicht über 15 Pfund wiegen; leichtere darf er wählen. Der Haftschuldner darf sich seine Kost selbst verschaffen. Thut er dies nicht, so soll ihm ein Pfund Mehl auf den Tag verabreicht werden. Mehr (nur nicht weniger) kann der Gläubiger ihm reichen.

*Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerint, se* (= *sine*) *fraude esto* [2].

D. h. Nach Verlauf des Trinundinum soll es zur Theilung kommen. Wenn sich die Gläubiger dabei zu viel oder zu wenig nehmen, sollen sie dafür nicht verantwortlich seyn [3].

Diese Stelle hat unter allen Zwölftafelfragmenten am meisten die Aufmerksamkeit nicht bloß der Juristen, sondern auch der Philologen und Culturhistoriker gefesselt. Soll das Theilen auf den Körper oder auf das Vermögen des Schuldners gehen? Das letztere scheint uns das Natürliche und von der Humanität gefordert; aber das Vermögen ist dort nicht genannt, wir wissen, daß die älteste Exekution immer direkt gegen des Schuldners Person ging, und der Plural der Berechtigten im Texte des Gesetzes scheint anzudeuten, daß das Verfahren gerade für den Concursfall vorgeschrieben war. Daß der einzelne Gläubiger an seinem verurtheilten und addicirten Schuldner habe das *jus necis* ausüben können, ist nirgends gesagt und liegt auch nicht in den Worten des Gellius (20, 1): *tertiis nundinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant;* Gellius selbst scheint der Ansicht, daß das strengere gegen den Körper gerichtete Verfahren nur im Concursfalle indicirt sei. An Gründen dafür fehlt es nicht, denn 1) hat der, welcher bei Mehreren herumborgt, größeren Leichtsinn bewiesen und sich voraussetzlich sogar Täuschungen erlaubt, und 2) wie soll eine *addictio* an Mehrere zugleich durchgeführt werden? Einer bemächtigt sich der Person des Judicirten, aber Mehrere zugleich können das nicht, und so bleibt bei einfacher Aufrechthaltung des Grundgedankens nichts übrig, als jedem Gläubiger ohne Scrupulosität Gewalt über die Person des Judicirten einzuräumen. Aber sollte wohl je (in geschichtlicher Zeit) ein Römer so von dem vollen Recht über seinen Mitbürger Gebrauch gemacht haben? Jedenfalls nicht, seitdem die Plebejer als Bürger in den Centurien und Tribus anerkannt waren. Die XII Taff. haben nur den alten Gewissens- und Wahrspruch als Warnung aufgenommen; er sollte ausdrücken, wessen sich ein leichtsinniger Borger und böswilliger Bankerottmacher zu versehen hätte, wenn dem strengen Recht sein Lauf gelassen würde und nicht Gnade für Recht erginge. Diese eigentliche Consequenz der Geldschuld dem Volke vor Augen zu stellen, liegt so ganz in der Art eines

1) Karlowa R. Civilproc. S. 154 ff.

2) *Gell.* 20, 1: *nam si plures forent, quibus reus esset judicatus, secare si vellent atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt. Quinctilian* 3, 6, 84. *Tertullian Apolog.* 4. *Dio Cass. fr.* 12.

3) *Veteres fraudem pro poena ponere solebant* (*Ulp. fr.* 23. § 2. *de aed. ed.* 21, 1); dazu *fr.* 131. *de V. S.*

energischen Geschlechts und einer rauhen Zeit[1], daß auch ohne fremde Analogien[2] wir uns nicht bedenken sollten, mit Gellius, Quinctilian, Dio Cassius und Tertullian anzunehmen: die Stelle sei nicht bildlich, sondern wörtlich, wenn auch (in dieser Zeit) nicht (mehr) ernstlich, gemeint[3].

*Adversus hostem aeterna auctoritas esto.*

D. h. dem Peregrinus ist man im Rechtsverkehr für immer gewährspflichtig. — Daß hier *auctoritas* ebenso wie *auctoritas fundi* (in *tab. VI.*) zu verstehen und *aeterna* im Gegensatz zu *auctoritas fundi biennium* gesagt sei[4], scheint gewiß[5], aber die Bedeutung des Hauptworts *auctoritas* selbst ist bestritten[6].

**Tab. IV:** *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*[7].

D. h. Wenn der Vater den Sohn drei Mal veräußert, soll der Sohn von Vaters Gewalt frei seyn. — Nach der gewönlichen Ansicht ist das Einführung[8] oder Anerkennung der Emancipation, nach der Ansicht Anderer aber Verhinderung einer Veräußerung auf Lebenszeit, indem nach dreimaliger (immer nur auf ein Lustrum wirksamer) Ausübung des Veräußerungsrechts der Haussohn der väterlichen Gewalt enthoben seyn sollte[9].

*Ex lege XII tabularum ad legitimam hereditatem is, qui in utero fuit, admittitur, si fuerit editus. Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem* (*Ulp. in fr. 3. § 9. 11. de suis 38, 16*) — *quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo, scripsissent* (*Gell. 3, 16*).

**Tab. V:** *Uti legassit super*[10] *pecunia tutelave*[11] *suae rei, ita jus esto.*

D. h. Wie man über die Pecunia oder vormundschaftliche Obhut des Vermögens (seines Hauses) verfügt hat, so soll es Rechtens seyn. — In diesem be-

---

1) Man lernt solche Kraftsprache verstehen, wenn man sich in den germanischen Weisthümern umsieht, die J. Grimm (Deutsche Rechtsalterth. S. IX. X.) den frischen Volksliedern vergleicht, und von denen er sagt: „Neu, beweglich und sich stets verjüngend in ihrer äusseren Gestalt enthalten sie lauter hergekommene alte Rechtsgebräuche, und darunter solche, die längst keine Anwendung mehr litten, die aber vom gemeinen Mann gläubig und in ehrfurchtsvoller Scheu vernommen wurden.“ Beispielsweise sei Folgendes hinzugefügt. Ein oft wiederkehrendes Weisthum über Baumfrevel — welche in Erinnerung an die Zeit erster Sesshaftwerdung und an die Wichtigkeit der Baumpflanzungen für diese Zeit als Kulturfrevel geächtet waren (s. Hehn Kulturpflanzen und Hausthiere, Berlin 1870) — verhängt die in der Volksphantasie offenbar feststehende und doch so grausame Strafe des Darm-Austreibens, und eines dieser Weisthümer beginnt also: „Wo der begriffen wird, der einen stehenden Baum schälet, dem wäre Gnade nützer denn Recht, und wenn man dem soll Recht thun, soll man ihm an seinem Nabel aufgraben und mit einem Hufnagel mit dem Darm an die Flecke anheften, da er hat angehoben zu schälen, und ihn so lange, bis er dasjenige bedeckt, das er geschält, um den Baum treiben, und sollte er keinen Darm mehr haben.“ Grimm a. a. O. S. 519 ff. Ausgeführt aber sind solche Strafen in geschichtlicher Zeit nicht mehr, auch Gellius bemerkt das ausdrücklich.

2) Vergl. J. Grimm Deut. Rechtsalterth. S. 616. Eine Analogie aus dem vorigen Jahrh. ist folgende. Im grossen Garten bei Dresden bestand unter dem König von Polen, August d. Starken, eine Fasanerie, die mit aller Sorgfalt gepflegt wurde; in der Nähe ihrer Hecken aber war ein Bild mit blutender Hand aufgestellt, mit der Unterschrift: „Wer störet der Fasanen Land, dem haut man ab die rechte Hand“. Diese Drohung soll jedoch nie zur Ausführung gekommen seyn.

3) Auslegungen: *a*) Wörtlich vom Körper verstehen die Stelle auch Niebuhr R. Gesch. II. S. 670; v. Savigny Verm. Schriften II S. 420; Walter R. Rechtsgesch. II. § 754; Puchta Curs. § 179; Anm. n; Mommsen R. Gesch. I. S. 161; v. Bethm.-Hollw. Civilpr. I. S. 200; Ihering Geist II. § 31. S. 153. Etwas abweichend Em. Hoffmann i. d. Zeitschr. f. österr. Gymnas. 1866. S. 603. *b*) Bildlich nur vom Vermögen verstehen das *secare* Göttling Röm. Staatsverf. S. 324; Huschke R. d. Nexum S. 90; Schwegler R. Gesch. III. S. 39. *c*) Karlowa Civilpr. S. 164 versteht das *partis secare* von der Person sammt dem Vermögen, dessen Aneignung zu grösseren oder geringeren Theilen den Gläubigern (als *sectores*) zugestanden wurde.

4) Aehnlich die *lex Atinia: Quod subreptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto.* (Gell. 17, 7; dazu Rudorff R. Rechtsgesch. I. § 29.)

5) *Adversus hostem* d. h. im Verkehr mit dem *peregrinus* (*Cic de off.* 1, 12): ähnlich *Cic. de off.* 3, 29: *adversus quem et totum jus fetiale et multa jura sunt communia*

6) Vergl. Mommsen *Ad legem de scribis et viator. et de auctoritate* (*Kil.* 1843) *p.* 18; Voigt d. *jus naturale* II. S. 161. Abweichend Puchta Curs. § 239. Anm. d. (der veräussernde Römer bleibe quiritarischer Eigenthümer).

7) *Gai* 1, 132; 4, 79; *Ulp.* 10, 1; *Dion.* 2, 27.

8) Schwegler R. Gesch. III. S. 34. — 9) Ihering Geist II. § 32. S. 184.

10) Vergl. *aliis qui rebus suis superesse non possunt* bei *Paul. in fr. 2. de curator. dandis* (27, 10). *Tutor datur rei Africanae in fr. 15. de test. tutor.* (26, 2).

11) Vergl. *si pupillus in suam tutelam pervenerit: Nerat. in fr. 54. de her. inst.* (28, 5).

rühmten Satze der XII Taff., welcher von den Römern als Anerkennung des Testirprincips behandelt worden ist, nehmen zunächst die Worte *legare* und *pecunia* unsere Aufmerksamkeit in Anspruch. Sicher ist es nicht gleichgiltig, daß *legare* und nicht *testari* gesagt ist; auch in der späteren Formel des Mancipationstestaments erscheint das Wort *ita lego* (*ita do ita testor*) an der Spitze als das ältere Grundwort. Ihm entspricht das Wort *pecunia*, welches, und zwar gleichfalls ohne Verbindung mit *familia*, weiter unten in derselben Tafel (bei der Beerbung des *furiosus*) wiederkehrt. Gewiß ist, daß, wenn auch die spätere Zeit unter *familia* und ebenso unter *pecunia* das Vermögen verstand, doch die XII Taff. nicht zwei so karakteristische Worte für denselben Begriff gebraucht haben. Ich nehme an, daß unter *familia* die *res mancipi*, unter *pecunia* die *res nec mancipi* verstanden wurden[1], jener Satz vom Legiren (nicht von Haus und Hof, sondern) fungibler Stücke galt, und ebenso der *tutor furiosi* nicht über jenes, sondern nur über diese frei schalten durfte. Noch ist der Begriff der Universalsuccession nicht geboren, auch in der „*familia*" noch nicht[2]; erst mit der Verbindung beider Worte mag jener Begriff angebahnt worden seyn: so finden wir ihn in der Mancipationsformel des *familiae emtor* bei Gai. 2, 104: *familiam pecuniamque tuam endo mandatelam tutelam custodelamque meam esse ajo.* Daß aber diese *familiae emtio* schon in den XII Taff. vorgekommen sei, davon findet sich keine Spur. Auch Gaius 2, 224 spricht unter Berufung auf jenen Satz der XII Taff. nur von Legaten, und wenn er dabei das Wort *testari* mit unterlaufen läßt, so hat das nicht mehr Bedeutung, als wenn der *Rhet. ad Herenn. 1, 13* und *Cic. de invent. 2, 50 super familia pecuniave sua* sagen. Pomponius (*fr. 120. de V. S.*) bemerkt ausdrücklich, daß jener Satz der XII Taff. (*legare super pecunia*) erst durch nachträgliche Interpretation ausgedehnt worden[3].

> *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam*[4] *habeto.*
>
> *Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*[5].
>
> *Si furiosus escit, ast ei custos nec escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto*[6].

D. h. Wenn Jemand stirbt, der nicht einen Hauserben (*suus heres*) hinterläßt, so soll der nächste Agnat das Erbgut (Haus und Hof mit Inventar) haben. Wenn kein Agnat da ist, sollen die Gentilgenossen das Erbgut haben. Wenn ein Wahnsinniger ist, und ihm kein natürlicher Vormund zur Seite steht, so sollen die Agnaten und (beziehentlich) die Gentilgenossen die Aufsicht und Obhut haben über Person und Pecunia.

> *Erctum citum [que] fit inter consortes [ut in libris legum Romanorum legitur].*

So berichtet Festus (s. *Paul. Exc. ex Festo p. 82 M.*), und es wird hinzugefügt: *erctum a coercendo dictum; unde et erciscendae et ercisci. Citum autem est vocatum a ciendo.* Die Bestimmung mag dahin gegangen seyn, daß, wenn Miterben vorhanden seien, unter ihnen das Erbgut (*erctum*: Ge-

1) s. oben Excurse S. 106. 107. — 2) s. Cursus § 135. Anm. 1. und § 141.

3) Vergl. Schöll *legis XII tab. reliqu. p.* 13. 14. 127.

4) *Familiae appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur. In res: utputa in lege XII tab. his verbis: „adgnatus proximus familiam habeto". Ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: „ex ea familia in eam familiam". Ulp. in fr. 195. de V. S.* Zu ersterem Beispiel gehört auch die *familia herciscunda.*

5) *Gai.* 3, 9, 17; *Coll. leg. Mos.* 16, 2, 1, 9 *sq.*; 16, 3, 3; 16, 4, 2.

6) *Cic. Tuscul.* 3, 5, 11; *Fest. p.* 162 *M*; *Ulp.* 12, 2; *Varro de R. R. I*, 2, 8; *fr.* 53. *pr. de V. S.*; *fr.* 1. *de cur. furioso* (27, 10).

höft) zu theilen sei[1]. Zufolge *Gell. 1, 9* und *Donat. ap. Servium* (*ad Aen. 8, 642*) scheint *citum* = *divisum* zu seyn. Ob aus den die Theilung betreffenden Worten indirect oder aber direct aus einer abgesonderten Bestimmung der XII Taff. der mehrfach auf sie zurückgeführte Satz: *nomina ipso jure (in portiones hereditarias) divisa sunt*, abgeleitet worden, ist ungewiß; ich halte das Erstere für wahrscheinlicher; denn zur *familia* im technischen Sinne gehörten Forderungen und Schulden nicht[2]; hatten also die XII Taff. die *familia* als Objekt des Theilungsverfahrens genannt, so war damit festgestellt, daß Forderungen und Schulden dabei nicht in Frage kämen: so ergab sich der Satz, daß sie *ipso jure*, ohne *arbitrium*, als getheilt zu betrachten seien, auf dem Wegé einfachster Interpretation. Die Stellen, welche diesen Satz auf die XII Taff. selbst zurückzuführen scheinen, können unmöglich als Widerlegung gelten[3]. Daß man es mit der Zurückführung der Rechtsinstitute auf die XII Taff. nicht immer ganz genau nahm, zeigt u. A. Ulpian, der in *fr. 1. pr. de leg. tutor.* (*26, 4*) und *fr. 3. § 1. eod.* die *legitima tutela patroni* auf die XII Taff. zurückführt, aber in *fr. 3. pr. eod.* ausdrücklich bemerkt: *non quidem specialiter et nominatim, sed per consequentias.*

Das Theilungsverfahren anlangend, so mag dazu die *legis actio per arbitri postulationem*[4] den legitimen Eingang gebildet haben, wenn nicht außergerichtliche Auseinandersetzung zu Stande kam[5]. Eine *legis actio* forderte Solennität der Rede, und daß eine solche bei dem Antrag auf gerichtliche Erbtheilung nöthig und auch nicht ganz einfach war, erkennen wir aus einer Bemerkung Cicero's (*de orat. 1,56*), wo das *erctum* (*herctum*) *ciere* als Voraussetzung des *familiae herciscundae judicium s. divisionis arbitrium* neben der Solennität der *coëmtio* angeführt und zugleich angedeutet wird, nicht Jedermann sei des erforderlichen Ritus recht kundig: *qui, quibus verbis herctum cieri oporteat, nescit, idem herciscundae familiae causam agere non potest.*

**Tab. VI:** *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*[6].

D. h. wenn man Nexum oder Mancipationsgeschäft eingeht, so soll das, was dabei feierlich ausbedungen wird, Rechtens seyn. — Die Wirksamkeit des Nexum und der Mancipation ist hier vorausgesetzt; wir wissen, daß ihr Gebrauch älter ist, als die XII Taff.; die *Vat. fr.* (*§ 50*) sprechen ausdrücklich von Bestätigung, nicht Einführung der Mancipation durch sie. Wahrscheinlich bezieht sich darauf auch, was Gaius[7] etwas allgemein ausdrückt: *in traditionibus rerum, quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est.* An welche Abmachungen übrigens zur Zeit der XII Taff. bei der *nuncupatio* gedacht worden, läßt sich schwer bestimmen; es darf aber wohl angenommen werden, daß namentlich an dieser Satzung von den Pontifices die Entwickelung des Mancipationstestaments angeknüpft worden ist, denn dieses war eine Anwendung der Mancipation[8] und die letztwillige Anordnung, welche das Hauptstück im Errichtungsakte war, hieß gleichfalls *nuncupatio*[9].

---

1) Vergl. Cursus § 92. — 2) Vergl. Cursus § 135. Anm. 1.

3) Es sind einige Aeusserungen des Paulus (*fr.* 25. § 9. 13. *fam herc.* 10, 2) und im Codex (*Gordian: c.* 6. *fam herc.* 3, 36; *Ant Caracalla: c.* 1. *de except.* 8, 36; *Valerian: c.* 1. *si unus ex plur. her.* 8, 32; *Diocl.: c.* 7. *de heredit. act.* 4, 16). Andere sonst noch citirte Stellen wollen noch weniger bedeuten.

4) Vergl. Cursus § 163. — 5) *fr.* 57. *fam. herc.* (10, 2).

6) *Fest. Nuncupata pecunia; Cic. de orat.* 1, 57; *Varro de L. L.* 6, 60.

7) *in fr.* 48. *de pact.* (2, 14). — 8) s. Cursus § 134.

9) Gai. 2, 104. Vergl. dazu Ihering Geist II. § 46. S. 544 fg.

*Usus auctoritas fundi biennium esto, ceterarum rerum annus.*

So ungefähr mag der Satz gelautet haben, auf welchen das Institut der Usucapion und die bis Justinian geltende zwei- bez. einjährige Usucapionsfrist gegründet wurde. Man streitet[1], 1) ob *usus* der Genitiv, abhängig von *auctoritas*, oder aber *usus et auctoritas*[2] zu verstehen sei, und 2) ob *auctoritas* sich auf den bisherigen oder werdenden Eigenthümer beziehe. Uebrigens ist uns auch der eigentliche Wortlaut durch die Mittheilungen[3] nicht genau verbürgt.

Zunächst ist festzuhalten, daß *usus* den Besitz bedeutet[4]; allerdings wohl nicht einfach den Besitz, sondern den Besitz so, wie er sich im lebendigen und offenen Gebrauch, in der Thätigkeit des Besitzers an der Sache, die eben dadurch gewissermaßen in sein Vermögen wirthschaftlich hineinwächst[5], darstellt. *Auctoritas* ist gleichfalls ein durch das System verbreitetes Wort[6], dessen Bedeutung an hiesiger Stelle doch wohl in erster Linie aus der sachenrechtlichen Bedeutung von *auctor* erklärt werden muß; *auctor* ist aber der, von welchem ein Anderer sein Besitzrecht auf dem Wege eines Rechtstitels herleitet[7].

Was soll nun die Verbindung von *usus* und *auctoritas* für die Ersitzungsidee? Burckard (s. Anm. 1.) versteht beide Worte vom bisherigen Eigenthümer und findet in dem Satze zunächst nur die Idee der Extinctivverjährung ausgesprochen. Andere verstehen *usus* vom neuen Eigenthümer, so daß in der That die Usucapionsidee ausgedrückt oder doch angedeutet vorliegt: bei Grundstücken gilt zweijähriger Zeitraum für Besitz und Gewährspflicht, sonst nur einjähriger, und dies ist schon um deswillen das Wahrscheinlichere, weil die bloße Interpretation schwerlich von der Extinctivverjährung aus damals zu dem Usucapionsinstitut, das eine so gewaltige Tragweite hat, gelangt wäre. Auch das, was Burckard als einen schwachen Punkt der gegentheiligen Ansicht betrachtet, nämlich daß *usus* von dem einen, *auctoritas* von dem anderen Betheiligten gesagt ist, erscheint mir als ein Moment gerade zu Gunsten dieser Ansicht, denn ein einfach und naiv die praktische Situation ins Auge fassendes Gesetz hat eben beide Theile zu berücksichtigen. Für dieselbe spricht auch, daß sie mit dem römischen System der Erwerbsgründe stimmt; denn wie bei der *in jure cessio, mancipatio* und *stipulatio*, so stellt sich auch hier der Rechtsinn gewissermaßen auf Seiten des Erwerbenden; er handelt zuerst von dessen Stellung und ordnet in erster

1) Mommsen *Diss. ad legem de scribis et viatoribus et de auctoritate* (Kiel, 1843); Puchta kleine civilist. Schriften S. 69 ff.; J. Christiansen d. Wissensch. d. röm. Rechtsgesch. I. S. 175; Niebuhr R. Gesch. II. S. 157; Rudorff zu Puchta's Curs. II. § 239. Anm. 6; Schirmer d. Grundideen d. Usucap. im R. R. (1855) S. 34; Voigt d. *jus naturale* II. S. 161; Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 128; Pernice z. Lehre v. Sachbeschäd. n. R. R. (1867) S. 1—10; Burckard i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. VII. S. 102—131; Umfrid ebendas. IX. S. 197 ff. Fr. Hofmann Beitr. z. Gesch. d. gr. u. röm. R. S. 24.

2) Ähnlich *emtio venditio, ususfructus, sarta tecta, ruta caesa.* Vergl. *fr.* 29. 53. *de V. S.*

3) *Cic. pr. Caecina* 19; *Topic.* 4, 23; *Gai.* 2, 42; 54.

4) *Javolen in fr.* 115 *de V. S.: Possessio usus loci est. Fest. possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quidam agri aut aedificii* und *Possessiones appellantur agri late patentes publici privatique, qui non mancipatione, sed usu tenebantur.* Fast wörtlich ebenso *Isidor. Orig. XV,* 13, 3. *Lucretius: vitaque mancipio nulli datur, omnibus usu* (das Leben ist nicht Eigenthum, sondern precärer Besitz). Das Edict sagt: *si quis quid usu suum cepisset* (*fr.* 1. § 1. *ex qu. c. major.* 4, 4). Vergl. auch Gai. 2, 7.

5) Analoger Gedanke bei der *conventio in manum mariti: usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat; quae enim velut annua possessione usu capiebatur, in familiam viri transibat . . . Itaque lege XII tab. cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset atque ita usum cujusque anni interrumperet. Gai.* 1, 111.

6) *Adversus hostem aeterna auctoritas* (XII Taff.); *rei surreptae aeterna auctoritas* (*lex Atinia*). *Instrumentum venditionis s. auctoritatis* (*Scaev. in fr.* 43. *pr. de pign. act.* 13, 7). *Venditor auctoritatis manebit obnoxius — auctoritatis venditor duplotenus obligatur* (*Paul.* 2, 17, 1. 3). *Tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi jus non probaretur* (*Scaev. in fr.* 26. *de aqua* 39, 3). Vergl. Danz R. Rechtsgesch. I. § 123.

7) s. Cursus § 157. Anm. 1.

Linie dessen Recht; was für den anderen Theil gelten soll, wird in zweiter Linie bemerkt, und auch nur, insofern das ein Anspruch des Erwerbenden ist: derselbe soll Anspruch haben auf das Einstehen des *auctor* für die Eviction, so lange als nicht die vollendete Zeit des *usus* quiritarisches Recht verschafft und das Bedürfniß der Gewährspflicht wegfällt. Mit dieser Auffassung harmonirt das Wort *usucapio* selbst (*usu capere*) am Besten.

Die Zeit, namentlich das *biennium* anlangend, so mag erinnert werden, daß die alte Zweifelderwirthschaft[1], verbunden mit dem alten *heredium* von zwei *jugera* gedacht, auf einen Turnus von zwei Jahren, der eine wirthschaftliche Gesammtnutzung darstellt, hinweist, und daß zweijährige Haftung auch sonst bei Gewährschafts- und anderen Bürgen (*auctor secundus, sponsor, fidepromissor*) Regel war[2].

*Tignum junctum aedibus vineave e concapi*[3] *ne solvito*[4].

Ulpian erläutert diesen Satz: *lex XII tab. neque solvere permittit tignum furtivum* (*alienum: fr. 23. § 6. de rei vind. 6, 1*) *aedibus vel vineis junctum neque vindicare; quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur; sed in eum, qui convictus est junxisse, in duplum dat actionem*[5].

**Tab. VII:** *Viae latitudo ex lege XII tabularum in porrectum octo pedes habet, in anfractum, id est ubi flexum est, sedecim.*

So wiederholt Gaius in *fr. 8. de serv. pr. rust.* (*8, 3*) eine Bestimmung der XII Taff., von welcher zweifelhaft ist, ob sie im Gesetze bloß von öffentlichen Wegen oder auch von der privatrechtlichen *servitus viae*, worauf sie später bezogen wurde, gemeint war[6]. Gaius gibt jene Mittheilung in seinem Commentar zum *Edictum provinciale:* um so weniger darf angenommen werden, daß der ursprüngliche Wortlaut mitgetheilt sei.

*Usucapio finium intra quinque pedes ne sit.*

*Ambitus parietis sit sestertius pes.*

D. h. zwischen den Grundstücken soll ein für allemal ein Grenzsaum von fünf Fuß seyn, daher nicht der (selbständigen) Vindication und Usucapion des einen oder anderen Nachbars unterliegen[7]. Jedes Gebäude soll durch $2^1/_2$ Fuß freien Raum vom Nachbarhause getrennt seyn[8].

*Am (= amb) segetes viam muniunto; eo ni sani lapides sunt, qua volet, jumenta agito.*

D. h. beiderseits längs der Aecker sollen deren Besitzer die anstoßenden Verkehrswege im Stande halten; wo das Pflaster verdorben ist, darf man beliebig über die Aecker treiben.[9]

**Tab. VIII:** *Si quis occentassit sive malum carmen incantassit, fustibus feriatur.*

So ungefähr mag der Satz gelautet haben, welcher von Dirksen und Schöll wohl mit Unrecht in zwei selbständige Hälften getrennt worden ist; dieselben beziehen das *malum carmen* auf das von Gaius (*in fr. 236. de V. S.*) erwähnte

---

1) M. Voigt i. Rhein. Museum f. Phil. 1869. S. 65. 66.

2) Rudorff R. Rechtsgesch. I. § 20.

3) Verschiedene Lesarten: *et concapit* (Bruns) oder *sbi concapit* (Huschke) oder *e concape* (O. Müller), *et concapitum* (Cujacius). Vergl. Schöll *p.* 135.

4) *Fest. Tignum* und *Sarpiuntur; fr.* 98. *de solut.* (46, 3); *fr.* 7. § 10. *de acq. dom.* (41, 1); *fr.* 23. § 6. *de rei vind.* (6, 1).

5) *fr.* 1. *pr. de tigno juncto* (47, 3). Vergl. Cursus § 129.

6) Vergl. *Fest. Viae.*

7) Karlowa Beitr. z. Gesch. d. röm. Civilpr. (1865) S. 160. Hofmann a. a. O. S. 27.

8) Der 5 füssige Grenzsaum stimmt mit dem nur die Hälfte für jeden Theil betragenden Zwischenraum zwischen Gebäuden überein. — 9) *Fest. Amsegetes* und *Vias: Cic. pr. Caecin* 19. Huschke i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XII. S. 393 und Bergk ebendas. XIV. S. 140.

*malum venenum* der XII Taff. und verstehen also unter *incantare* das Vergiften mit Zaubermitteln. Allein *carmen* und *venenum* ist zweierlei, und das *incantare* (*carmen*) offenbar verwandt dem *excantare* (*fruges*) der XII Taff., wovon Plinius (*h. n. 28, 4, 17*) und *Seneca* (*natur. quaest. 4, 7*), freilich ohne Anführung der Strafsanction, sagen; jenes bedeutet Schlimmes anwünschen und anzaubern, dieses anderseits Gutes fortwünschen und wegzaubern[1]. Auch die römischen Antiquare schon verstanden das *incantare* nicht mehr und identificirten das *malum* mit *famosum carmen;* aber man erkennt gerade aus dieser Identificirung die Zusammengehörigkeit beider Stücke in Einem Satz, denn nur so erklärt sich jene Identificirung; dazu kommt, daß, wie es scheint, in den Worten Cicero's (*de rep. 4, 12*): *XII tabulae: si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri,* die Hinzufügung eines Satzes angedeutet ist, welcher (wenn auch mit dem bezeichneten, schon bei Cicero anzunehmenden Mißverständniß) das *malum carmen* betraf. Ich stimme daher Bruns[2] bei, welcher bemerkt, daß *malum carmen incantare* auf *artes magicae* und lediglich das *occentare* auf *convicia famosa* zu beziehen sei[3]. — Hiernach würde der Satz so wiederzugeben seyn: Wenn Jemand laute Schmähung (öffentlichen Schimpf) anthut oder durch Verwünschungen Schaden zufügt, so soll er mit Stockschlägen bestraft werden.

*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto.*

*Manu fustive si os fregit libero, trecentorum, si servo centum et quinquaginta poenam subito.*

*Si injuriam faxsit, viginti quinque poenae sunto.*

D. h. wenn Einer den Anderen um den Gebrauch eines Gliedes bringt, so soll ihm, wenn es nicht zum Vergleich kommt, Gleiches mit Gleichem vergolten werden[4]. Wenn er ihm mit Hand oder Stock einen Knochen bricht, so soll er, wenn der Verletzte ein Freier ist, 300, wenn ein Sklave, 150 As als Buße zahlen[5]. Wenn Einer dem Anderen Beleidigung anthut, so soll die Buße 25 As betragen[6].

*Si servus [filiusve] furtum faxsit noxiamve [aliam] noxit, aut noxae dedi aut aestimatio noxiae offerri lex voluit*[7].

*Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege XII tab. descendit: quae lex voluit aut dari id animal, quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerri*[8].

Auch diese beiden Bestimmungen pflegen getrennt und die erstere in die 12. Tafel verwiesen zu werden; indeß spricht die Bezeichnung auch der *actio*

---

1) Neben dem *fruges excantare* kam in den XII Taff. noch das *alienam segetem pellicere* (d. h. durch Gift verderben) vor, worauf sich die Geschichte bei *Plin. hist. n.* 18, 8, 41 bezieht: *C. Furius Chresimus, cum in parvo agello largiores fructus perciperet, quam ex amplissimis vicinitas, in invidia erat magna, ceu fruges alienas pelliceret veneficiis; quam ob rem a Sp. Albino curuli aedile die dicta, instrumentum rusticum in forum attulit et dixit: „veneficia mea, Quirites, haec sunt."*

2) *Fontes jur. Rom.* (*ed.* 3.) *p.* 25. (zu *tab. VIII.* Nr. 1.)

3) *Festus: Occentassit antiqui dicebant, quod nunc „convicium fecerit" dicimus, quod id clare et cum quodam canore fit, ut procul exaudire possit; quod turpe habetur, quia non sine causa fieri putatur. Plinius* (*H. N.* 28, 4, 17)*: Quid? non et legum ipsarum in XII tab. verba sunt: „qui malum carmen incantassit". — Arnob. adv. gentes* 4, 34*: Carmen malum conscribere, quo fama alterius coinquinetur et vita, decemviralibus scitis evadere noluistis impune. Porphyrio ad Horat.* (*Sat.* 2, 1, 81 und *Ep.* 2, 1, 152)*: Lege cautum erat, ne quis in quemquam maledicum carmen scriberet — Fustuarium supplicium constitutum erat in auctorem carminum infamium. Cornutus ad Pers. Satir.* 1, 123*: lege XII tab. cautum est, ut fustibus feriretur, qui publice invehebatur.*

4) *Fest. Talionis*; *Gell.* 20, 1; *Gai.* 3, 223; *Paul. S. R.* 5, 4, 6. Dazu Huschke Gaius S. 119.

5) *Gai.* 3, 223; *Gell.* 20, 1; *Coll. leg. Mos.* 2, 5, 5.

6) *Gai.* 3, 223; *Gell.* 20, 1. Vergl. *fr.* 244 *de V. S.*

7) *Gai.* 4, 75; *fr.* 2. § 1. *de nox. act.* (9, 4); *Fest. Noxia*; *Paul. S. R.* 2, 31, 7.

8) *fr.* 1. *pr. ad leg. Aq.* (9, 2).

*de pauperie* als *actio noxalis* (*pr. J. si quadrupes 4, 9*) dafür, daß das beiden Klagen gleiche Princip in derselben Tafel formulirt war. Nicht bloß die Schadenszufügung des zu vertretenden Menschen, sondern auch die des zu vertretenden Thiers wurde auf eine Schuld zurückgeführt und von einer solchen auch beim Thier zu reden, war den Römern durchaus geläufig; demgemäß sagt Festus (*l. c.*) allgemein: *noxia ponitur pro culpa* und *cum lex jubet noxae dedere, pro peccato dedi jubet,* und die Institutionen Justinian's (*l. c.*) wiederholen: *animalium nomine, quae ratione carent, si quidem lascivia aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege XII tab. prodita est.* Dadurch eben rechtfertigt sich der Grundsatz, *noxa caput sequitur,* welcher für Thiere wie für Menschen gilt, und warum sollte dieser Grundsatz in verschiedenen Tafeln ausgesprochen seyn? Es würde sich das schwerlich mit der einfachen und knappen Oekonomie jener Gesètzgebung vereinigen lassen.

Der *actio de pauperie* steht zur Seite die von Ulpian gleichfalls aus den XII Taff. abgeleitete *actio de pastu pecoris, si in alieno pascitur*[1].

*Cautum est XII tabulis, ut, qui injuria cecidisset alienas arbores, lueret in singulas aeris XXV*[2].

Baumfrevel sollten hiernach wie Injurien bestraft und dabei die an jedem Baume verübte That als eine Injurie für sich behandelt werden. Diese Strenge zu Gunsten der Baumkultur begegnet uns auch sonst in jugendfrischen Volksrechten[3].

*Si nox* (= *noctu*)[4] *furtum faxsit, si im* (= *eum*) *occisit, jure caesus esto; si luci* (= *interdiu*), *si se telo defendit; endoque plorato*[5].

D. h. Wenn Jemand nächtlichen Diebstahl begeht, und man ihn tödtet, soll er mit Recht getödtet seyn; wenn aber bei Tage, gilt dasselbe, wofern er mit Waffe (Stock oder Stein) sich zur Wehr setzte; doch soll man dabei den Nothruf ergehen lassen. Daß dieses *plorato*[6] als Vorschrift für beide Fälle aufgestellt ist, geht schon aus der kurzgebundenen Anfügung des Satzes *si luci* (bezeugt durch *Prisc. gr. 6, 18*) hervor und wird auch von Gaius (*fr. 4. § 1. cit.*) ausdrücklich gesagt. Letzterer bezeichnet das *plorare* durch *cum clamore testificari:* Der Tödtende soll nicht leichtsinnig oder boshaft verfahren, sondern den äußersten Schritt nur in wahrer Noth thun und dies durch sein Rufen constatiren; denn wenn Helfer kommen, können diese zeugen, und wenn keine kommen, beweist das eben die wahre Noth. Das Gesetz hat also in naiver und doch treffender Weise das Problem gelöst, ein Temperamentum der ungewöhnlichen Befugniß aufzustellen. Aehnliches findet sich in germanischen Volksrechten und Weisthümern.

*Si liber furtum manifestum fecerit*[7], *verberatus addicatur ei, cui furtum factum est*[8].

*Si quis furtum lance et licio quaesierit in domo aliena, si quid invenerit: id furtum manifestum est.*

---

1) *fr.* 14. § 3. *de praescr. verb.* (19, 5). — 2) *Plin. H. N.* 17, 1, 7.

3) Vergl. oben Exc. S. 94. Anm. 1. und S. 140. Anm. 1.

4) *Macrob. Sat.* 1, 4, 19 und *Gell.* 8, 1; 20, 1.

5) *Cic. pr. Tull.* 20. 21. *Fest. Endoplorato. Gell.* 11, 18. *Gai. in fr.* 4. § 1. *ad leg. Aquil.* (9, 2) und *in fr.* 54. § 2. *de furt.* (47, 2). *Coll leg Mos.* 7, 1. 3. *Fr.* 233. § 2. *de. V S.*

6) *plorare = conclamare, ut aliqui audiant et conveniant* (*Cic. pr. Tull.* 21).

7) Gell. 11, 18 fügt hinzu: *si modo id luci fecissent neque se telo defendissent;* dies soll wohl heissen: auch wenn der Dieb am Tage und ohne Waffe kam.

8) *Gai.* 3, 189. *Gell.* 11, 18; 20, 1. Dieselben fügen hinzu, dass ein ertappter Sklave gleichfalls gepeitscht und dann vom Fels gestürzt, ein ertappter Unmündiger nach Anordnung des Magistrats nur gepeitscht und Entschädigung geleistet werden sollte. Vergl. daneben *Plin. H. N.* 18, 3: *Frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse puberi duodecim tabulis capital erat suspensumque Cereri necari jubebant gravius quam in homicidio convictum; impubem praetoris arbitratu verberari noxiamve duplionemve decerni.*

*Concepti et oblati furti poena triplum est.*

*Si adorat furto, quod nec manifestum erit, duplione damnum decidito.*

Nach diesen uns nicht im Gesetzestext überlieferten Vorschriften sollte der ertappte Freie seine Freiheit zu Gunsten des Bestohlnen verwirkt haben; Gaius (*l. c.*) sagt aber, daß schon unter den *Veteres* bestritten war, ob der *addictus* wirklicher Sklave, oder nur *adjudicati loco* wurde; die *verberatio* spricht für das Strengere, und dies ist sicherlich die älteste Auffassung, die andere Meinung aber der Versuch einer Milderung, entsprechend dem Zeitgeist der *lex Poetelia.*

Die zweite Vorschrift verhängt die Strafe des *furtum manifestum* auch über den, in dessen Hause oder Gewahrsam eine gestohlene Sache vom Bestohlnen feierlich aufgefunden wird. Die Feierlichkeit bestand in dem *quaerere lance et licio* d. h. Haussuchung mit Schüssel und Gurt. *Lance et licio dicebatur apud antiquos, quia, qui furtum ibat quaerere in domo aliena, licio cinctus intrabat lancemque ante oculos tenebat, propter matrumfamiliae aut virginum praesentiam:* so erzählt Festus (bei *Paul. p. 177 M.*)[1].

Der in der dritten Vorschrift getroffene Fall erscheint, da nicht Capital-, sondern Geldstrafe (*triplum*) verhängt ist, als ein qualificirtes *furtum nec manifestum.*

Die vierte Vorschrift bestraft den einfachen Diebstahl. *Adorare* ist alter Ausdruck für *agere*[2] (Klage anstellen) und *damnum decidere* bedeutet: eine Abfindungssumme oder Buße fordern für den erlittenen Schaden[3].

Gaius (*3, 186 sq.*) berichtet über die verschiedenen Diebstahlsfälle, doch ist nicht genau ersichtlich, wie das *furtum lance et licio quaesitum* sich zu dem *furtum conceptum* und *prohibitum* verhält, sowie auch schon unter den späteren Römern selbst der für jene Haussuchung vorgeschriebene Ritus unverständlich geworden war. Zu welchem Zwecke sollte der Suchende eine Schale halten? Festus meint: um dem Schaamgefühl Rechnung zu tragen; wahrscheinlicher ist, wofür Ihering[4] eintritt: die Schüssel sei eben das Symbol des Suchens und Holens; was auch schon von Gaius (*3, 178*) neben einer anderen Meinung angedeutet ist. Bei *Plato de leg.* (*Ed. Bip. IX. p. 202*) wird erzählt: *Si quis in domo alterius quaerere quidpiam tanquam suum velit, is nudus et licio cinctus, cetera discinctus justosque per Deos ante jurans, se inveniendi spe id facere, ita demum requirito!*[5] An die Stelle dieses *furtum lance licioque quaesitum*[6] trat später (auf Grund des prätorischen Edikts) der Begriff des *furtum prohibitum;* Gaius (*3, 192*) sagt dies deutlich, und auch die *poena quadrupli* (des Edikts) beweist diesen Zusammenhang. Zwar weiß Gaius sich die Besonderheit jenes *furtum lance quaesitum* nicht zu erklären, indeß ist es wohl begreiflich, daß nach altem Herkommen der der Entwendung oder Hehlerei Angeschuldigte sich der Haussuchung nicht entziehen durfte, sobald der Suchende (Ankläger, Bestohlne) sich erbot, in der ausgezeichneten Form sie vorzunehmen; unter dieser Voraussetzung mußte sich der (angeschuldigte) Römer das Eindringen in seine,

---

1) Vergl. *Gell.* 11, 18; 16, 10; *Gai.* 3, 192. *Gloss. Taurin. N.* 466. *ad* § 4. *J.* 4, 1.

2) *Adorare apud antiquos significabat agere* (*Fest. ap. Paulum p.* 19. *M.*).

3) Dies soll wohl ausdrücken, dass hier der Bestohlene gewissermassen durch das Gesetz genöthigt wird, statt Anspruchs an die Person des Diebes mit einer Abfindung zufrieden zu seyn. Wenn Ulpian (*fr.* 7. § 14. *de pact* 2, 14) sagt: *Lex de furto pacisci permittit,* so bezieht sich das auf *furtum manifestum.* Ueber die Redensart vergl. Paulus in *fr.* 46. *de rei vind.* (6, 1): *transegisse cum eo et decidisse videor.* Dazu Rudorff R. Rechtsgesch, II. § 106 und Karlowa Röm. Civilpr. z. Z. d. *leg. act.* S. 115. — 4) Geist II. § 47. Anm. 756b.

5) Vergl. *Aristoph. Nubes I,* 6. v. 497—9.

6) Gellius (11, 18) sagt, gewiss ungenau: *per lancem liciumque conceptum.*

durch sein sonst unantastbares Hausrecht geschützte, Wohnung gefallen lassen; die ungewöhnliche Form war nicht bloß eine Maßregel der Vorsicht (gegen Intrigue[1]), sondern auch ein Schutz des Hausrechts, auf welches die Römer ungemein hielten: der Suchende sollte sich bedenken und nicht leichtsinnig vorgehen, wo das Hausrecht in Frage kam. Der späteren Zeit konnte diese kindlich-rohe Form der Haussuchung nicht mehr recht seyn: dann wurde nur das Sträuben des Angeschuldigten in's Auge gefaßt und er, wenn er die Haussuchung nicht ohne Zögern zuließ, und die Sache dann doch bei ihm gefunden ward, wie ein *fur manifestus* bestraft[2].

Wie nun verhält sich dazu der Fall des *furtum conceptum?* Das ist ein milderer Fall[3], vielleicht, weil da keine Widersetzlichkeit vorliegt und der Angeschuldigte ohne Umstände die (unter Zeugenzuziehung vorzunehmende) Haussuchung zuläßt, und Urheberschaft dessen, bei dem gesucht wird, hier gar nicht Voraussetzung der Strafe (Gai. 3, 186) ist; es sollte wohl die Diebshehlerei dadurch getroffen werden. Immer mit diesem Fall zusammen wird das *furtum oblatum* genannt und gleichfalls mit *poena tripli* geahndet: wem von einem Anderen böswillig eine gestohlne Sache zugeschoben war, so daß er durch nachherige Entdeckung der Sache in Verdacht gerieth, der hatte gegen den Böswilligen die *actio furti oblati*[4].

*Si unciario foenore amplius exerceat, quadrupli poena esto.*

So ungefähr lautete ein die Zinsen betreffender Satz[5], wohl die erste Zinsenschranke, welche bei den Römern aufgerichtet ward. Wer mehr als $^1/_{12}$ des Kapitals ($8^1/_3$ Proc. für das zehnmonatliche[6], 10 Proc. für das zwölfmonatliche Jahr) an Zinsen erhebt, soll schwerer als ein *fur* (*nec manifestus*) bestraft werden; ein Verhältniß, welches von *Cato de re rust.* (*praef.*) besonders hervorgehoben wird, und woraus wir ersehen, daß die Vorschrift der XII Taff. nicht bloß ein Maximum einklagbarer Zinsen[7], sondern eine Strafe des Zinswuchers aufstellte.

*Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto.*

Dieser Satz ist v. E. Hoffmann als Bestandtheil der XII Taff. angezweifelt, wird aber von Voigt aufrecht erhalten[8], indem er darauf hinweist, daß die *lex Romuli* ähnlichen Inhalts nicht identisch sei, sondern gegenseitige Treue zwischen Patron und Client fordere, während der Satz der XII Taff. lediglich die Pflichtverletzung seiten des Patrons und nur die von diesem begangene Vermögensbeeinträchtigung ahnde[9].

*Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, inprobus intestabilisque esto.*

*Qui falsum testimonium dixisse convictus est, e saxo Tarpejo dejiciatur.*

D. h. wer als Zeuge oder Libripens (bei einem Rechtsgeschäft) fungirt hat und dann Zeugniß abzulegen verweigert, soll ehrlos seyn und das Recht, fer-

---

1) *ut nihil subjiciatur* (*Gai.* 3, 193). — 2) *Gai.* 3, 188.

3) *poena tripli* in den XII Taff. und ebenso im Edikt: *Gai.* 3, 191; 4, 173. *Paul. S. R. II*, 30, 3 u. 5.

4) *Gai.* 3, 187. *Paul. S. R. II*, 30, 3. 5. 14. — Vergl. übrigens zu dem Ganzen v. Keller Grundr. z. Vorles. üb. Instit. (Berl. 1854—58) S. 139—141; Grimm Deut. Rechtsalterth. S. 640 ff. und in d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. Bd. II. (Poesie im Recht) S. 91 ff.; v. Vangerow *De furto concepto ex lege XII tab.* (Heidelb. 1844). Ihering Geist II. § 32. Anm. 208.

5) *Tac. Ann.* 6, 16; *Cato de re rust. praef.*

6) Mommsen Röm. Chronologie (2. Aufl. 1859) S. 47.

7) Lange Alterth. I. § 73. S. 628.

8) S. oben Exc. S. 92 und 137.

9) Voigt Ueb. die *leges regiae* S. 575—7 und Ders. Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung bezeichn. Ausdrücke (1872) S. 110 ff. Dazu Schöll *Legis XII tab. reliquiae, p.* 50.

ner Zeuge zu seyn verlieren[1]. Der zweite Satz (Strafe für falsches Zeugniß) ist offenbar nicht der ursprüngliche Wortlaut des Gesetzes[2].

*Si telum manu fugit magis, quam jecit: aries subigatur.*

D. h. Wer aus Unvorsichtigkeit (ohne Absicht) Jemand tödtet, soll mit einem Bock gesühnt werden. Cicero (*de or. 3, 39*) hebt dazu hervor: *imprudentia teli emissi brevius propriis verbis exponi non potuit, quam est uno significata translato.* Daß auch *telum* allgemein (*omne quod mittitur manu*) zu verstehen sei, bemerkt *Gaius ad leg. XII tab.* ausdrücklich[3]. Daß *subigere* (*subjicere?*) *arietem* soviel bedeute, wie *dare arietem, qui pro se agatur, caedatur,* sagt Festus[4] unter Berufung auf Labeo's *Comment. XV juris pontificii*[5].

*Ne quis in Urbe coetus nocturnos agitet.*

Ueber diesen wie eine Polizeivorschrift klingenden Satz[6] wissen wir sonst nichts Näheres; vielleicht läßt sich darauf beziehen, was Livius (39, 14. 15. 16) über die mit der Bachanalischen Verschwörung zusammenhangenden *coetus nocturni* den leitenden Consul in der Volksversammlung sagen läßt: *Majores vestri, ne Vos quidem, nisi .... cum aliquis ex magistratibus ad concionem vocasset, forte temere coire voluerunt, et ubicunque multitudo esset, ibi et legitimum rectorem multitudinis censebant debere esse . . . Nisi praecavetis, Quirites, jam huic diurnae, legitime ab consule vocatae, par nocturna concio esse poterit.* Vielleicht ist auch jener Satz der Untergrund des prätorischen Edikts: *Cujus dolo malo in turba damnum quid factum esse dicetur, in eum in duplum judicium dabo,* wozu Labeo bemerkt: *inter turbam et rixam multum interest, namque turba multitudinis hominum est turbatio et coetus, rixa etiam duorum*[7].

*Sodalibus potestas esto, pactionem, quam velint, sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant.*

Dieser Satz soll nach Gaius[8] aus einem Gesetze Solon's entlehnt seyn. Er wollte schwerlich ein allgemeines Princip aufstellen, denn den Vollbürgern brauchte sicherlich das Recht, Vereinigungen einzugehen, ebensowenig erst garantirt zu werden, als es denselben ein Bedürfniß war, neben ihren Geschlechtsverbindungen noch besondere Corporationen zu gründen; dagegen mochte es den *tenuiores,* worunter wir namentlich uns die Clienten zu denken haben, wichtig seyn, das freie Coalitions- und Innungsrecht garantirt zu erhalten. Ihering[9] versteht jenen Satz als allgemeines Princip, findet darin die Aufstellung des Princips der Autonomie in Anwendung auf das Associationswesen der Bürger und stellt ihn demgemäß neben die Sätze der 5. und 6. Tafel: *uti legassit — nuncupassit, ita jus esto.*

**Tab. IX:** *In privatos homines leges ne irroganto.*

*De capite civis ne roganto nisi per maximum comitiatum.*

Für diese zwei Sätze ist Cicero[10] der Gewährsmann; er nennt sie immer zusammen, bezeichnet sie als *leges praeclarissimae* und führt dabei an, daß sie

---

1) *Gell.* 15, 13; 7, 7; § 6. 7. *de test. ord.* (2, 10); *fr.* 26. *Qui test. fac. poss.* (28, 1).

2) *Gell.* 20, 1. — 3) *in fr.* 233. § 2. *de V. S.* — 4) *s. v. Subici* und *subigere.*

5) Gleichfalls eine Unterscheidung der bloss culposen That findet sich in der Stelle bei *Gai. ad leg. XII tab.: Qui aedes acervumve frumenti juxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari jubetur, si modo sciens prudensque id commiserit; si vero casu, id est negligentia, aut noxiam sarcire jubetur aut si minus idoneus sit, levius castigatur* (*fr.* 9. *de incendio* 47, 9).

6) Referirt von *Porcius Latro personatus declam. in Catil.* 19.

7) *fr.* 4. *pr.* § 3. *vi bon. rapt.* (47, 8). — 8) *in fr.* 4. *de colleg. et sodal.* (47, 22).

9) Geist II. § 27. 31. (*ed.* 1. S. 151). Vgl. auch Dirksen Civilist. Abhandl. II. S. 88 ff. und Pernice Labeo I. S. 376.

10) *de leg.* 3, 4; 19; *de rep.* 2, 36; *pr. Sest.* 30; *pr. domo* 17. Vergl. Lange Alterth. I. § 73 (S. 629) und Huschke Zeitschr. f. Rechtsgesch. XI. S. 157.

schon in den *leges sacratae*[1] enthalten gewesen seien. Der Wortlaut der XII Taff. ist nicht genau festzustellen; Cicero wechselt in den Ausdrücken, doch ist wohl anzunehmen, daß die XII Taff. die Worte *leges* (nicht *privilegia,* wie Cicero *pr. domo 17* erläutert) *irroganto* und *de capite roganto* (nicht *ferunto,* wie *Cic. de leg. 3, 4* sagt) hatten, denn Cicero wählt die anderen Ausdrücke modernisirend, auch entspricht das *roganto* dem *irroganto,* und es ist wohl der alten Anschauung gemäß, die aufzustellende Schranke nicht auf den *jussus populi* selbst, sondern auf die *rogatio* des Magistrats zu beziehen.

Die Schranke betrifft die Gesetzgebung und die Capitaljurisdiction: der Einzelne soll gegen nachtheilige Eingriffe der Gesetzgebung in sein Privatrecht (Expropriationen u. s. w.) geschützt seyn, und über das Leben eines Bürgers soll nur durch Beschluß der Centuriatcomitien erkannt werden.

*Judex arbiterve jure datus, qui ob rem dicendam (judicandam*[2]*) pecuniam accepisse convictus est, capite puniatur*[3].

Mit diesen Worten gibt Gellius[4] den Inhalt eines Satzes an, welchen der Rechtskenner Sex. Caecilius unter die hervortretenden Härten der alten Gesetzgebung rechnete unmittelbar neben der Strafe des offenen Diebstahls.

*Qui hostem concitavit, quive civem hosti tradidit, capite puniatur.*

Diese Bestimmung führt Marcian[5] im Zusammenhang mit der *lex Julia Majestatis* an, die wohl als eine Erweiterung jenes Satzes der XII Taff. betrachtet werden kann. Das *crimen majestatis* umfaßte auch geringere Fälle; nur das eigentliche *crimen perduellionis* (mit *animus hostilis adversus rempublicam*) erlosch nicht durch den Tod des *reus,* sondern mußte von den Erben purgirt werden[6]; dies ist das *hostem concitare* der XII Taff., welche daneben mit gleicher Strafe den bedrohen, der sich verrätherisch an der Person eines (einzelnen) Mitbürgers vergangen hat.

**Tab. X:** *Hominem mortuum in Urbe ne sepelito neve urito.*

Das Beerdigen des Leichnams ist der älteste Bestattungsmodus, die *leges regiae* scheinen nur Beerdigung gekannt zu haben[7], und Isidor[8] bemerkt, daß nach ursprünglicher Sitte die Leichen in den Privathäusern (Grundstücken? Grabhallen?) bestattet worden seien, was dann der Luftverderbniß wegen untersagt wurde. Ob dieses Verbot identisch sei mit jenem Satze der XII Taff. (*in Urbe*), ist zweifelhaft. Cicero[9], welcher denselben mittheilt, hebt hervor, daß er nicht auf die Religion, sondern das *jus sepulcrorum* zu beziehen sei; auch er bemerkt über das Beerdigen: *At mihi quidem antiquissimum sepulturae genus illud fuisse videtur, quo apud Xenophontem Cyrus utitur. Redditur enim terrae corpus, et ita locatum ac situm quasi operimento matris obducitur. Eodemque ritu in eo sepulcro quod [procul] ad Fontis aras, regem nostrum Numam conditum accepimus, gentemque Corneliam usque ad memoriam nostram hac sepultura scimus esse usam. Sulla primus e patriciis Corneliis igni voluit cremari.* Cicero fügt hinzu, daß die Idee des Beerdigens nach *jus pontificale* auch noch in Verbindung mit dem Verbrennen bewahrt worden sei: *nam priusquam in os injecta gleba est, locus ille, ubi crematum est corpus, nihil habet religionis,* und wenn er bemerkt: *jam tanta religio est sepulcrorum* (in ältester Zeit), *ut extra sacra et gentem inferri*

1) Vergl. Curs. § 75. 102. und Exc. S. 100. — 2) Bruns *l. c.*
3) Vielleicht: *Judex si . . . . ceperit, capitis poena esto.* — 4) *N. A.* 20, 1.
5) *in fr.* 3. *ad leg. Jul. majest.* (48, 4). — 6) *fr.* 11. *eod.*
7) s. oben Exc. S. 93. (Nr. 9) 95 (Anm. 2. und Nr. 10). Dazu S. 94 (Nr. 1.).
8) *Orig.* 15, 11. — 9) *de leg.* 2, 22. 23.

*fas negent esse*, so scheint das auf jene von Isidor berichtete Sitte hinzudeuten; übrigens fügt er hinzu, daß *virtutis causa* einzelnen Römern, bez. deren Nachkommen, gestattet worden sei, sich innerhalb der Stadt beerdigen zu lassen, z. B. dem Valerius Poplicola, Tubertus, C. Fabricius.

Die 10. Tafel muß dann den zulässigen Bestattungsritus genau begrenzt haben, wozu Cicero bemerkt: *haec laudabilia et locupletibus fere cum plebe communia; quod quidem maxime e natura est, tolli fortunae discrimen in morte.* Hierauf beziehen sich wohl die Worte bei Cicero (*de leg. 2, 23*): *Extenuato sumtu, tribus riciniis [relictis*[1]*] et uno clavo purpurae et decem tibicinibus tollit etiam lamentationem*, d. h. der Aufwand wird auf ein gesetzliches Maximum gebracht (3 Kopftücher, 1 Purpurgewand, 10 Flötenbläser) und die Traueraufführung untersagt. Die XII Taff. sollen das so specialisirt haben[2]:

*Hoc plus ne facito*[3]. *Rogum ascea ne polito.*

*Mulieres genas ne radunto (neve faciem carpunto*[4]*), neve lessum (= fletum) funeris ergo habento.*

*Homini mortuo ne ossa legito, quo post funus faciat.*

*Ne servilis unctura, ne murrhata potio, ne longae coronae, neve acerrae mortuo indantur.*

*Qui coronam parit, ipse pecuniave ejus honoris virtutisve ergo, si arduitur ei parentique ejus, se fraude esto.*

*Neve aurum addito. Cui auro dentes juncti escunt, ast im cum illo sepeliet uretve, se fraude esto.*

D. h. Mehr als das ausdrücklich Gestattete soll man nicht thun. Namentlich soll man nicht den Scheiterhaufen mit Kelle und Kalk zubereiten[5]. — Die Weiber sollen sich des Zerkratzens ihrer Wangen (und sonstigen Zerfleischens des Gesichts), sowie des Trauergeheuls enthalten[6]. — Die Gebeine des Todten soll man nicht sammeln, um damit nochmals eine Leichenfeier zu veranstalten[7]. — Auch soll keine Salbung durch Sklaven, kein Trinkgelage mit Wohlgerüchen, kein Guirlandenschmuck, keine Weihrauchspende für Todte geleistet werden. — Wer einen Ehrenkranz entweder in eigner Person oder mit seinem Vermögen (durch seine Sklaven oder Pferde) erstritten hat[8], dem oder seinem Vater kann ohne Verantwortung der Kranz mit ins Grab gelegt werden. — Aber Goldschmuck soll nicht mitgegeben werden; nur wer goldne Zahnbänder getragen hat, dem kann man dieselben ohne Verantwortung mit ins Grab oder auf den Scheiterhaufen thun.

*Rogus bustumve novum ne propius sexaginta pedes adjiciatur aedes alienas invito domino.*

*Forum bustumve ne usu capiatur.*

Diese Vorschriften der XII Taff. leitet *Cic. de leg. 2, 24* mit den Worten ein: *duae sunt praeterea leges de sepulcris, quarum altera privatorum aedificiis, altera ipsis sepulcris cavet.* Leichenverbrennung soll rücksichtsvoll gegen

---

1) Schöll, *Legis XII tab. rel. p.* 57.

2) wie *Cic. de leg.* 23—25 ausführlich behandelt. Vergl. Huschke Zeitschr. f. Rechtsgesch. XI. S. 138—142.

3) Huschke liest: *Facito rogum; ascea ne polito.*

4) *Serv. ad Aen.* 12, 606.

5) *ascea s. ascia* ist die Maurerkelle, mit welcher die Kalkverbindung zwischen die Steine gebracht wird.

6) Dazu *Cic. Tusc.* 2, 23; *Fest. Radere; Plin. H. N.* 11, 58.

7) *Cic. de leg.* 24: *credo, quod erat factitatum, ut uni plura [funera] fierent lectique plures sternerentur.*

8) *Plin. H. N.* 21, 5.

die Nachbarn ausgeführt werden, und das Brandlager (*bustum*, d. h. der über der Leichenasche aufgeworfene Grabhügel) sowie der zugehörige Vorplatz (*forum* = *vestibulum*) soll *extra commercium* seyn[1].

Ueber den letzten zwei Tafeln liegt ein dichterer Schleier, als über den vorhergehenden; sie sollen erst nachträglich, im zweitfolgenden Jahre, in welches hinein das außerordentliche Decemviralimperium fortgeführt wurde, hinzugefügt worden seyn, Cicero[2] nennt sie *tabulae iniquarum legum.* Diese Kennzeichnung bezieht sich darauf, daß in einer derselben (der letzten?) das Verbot des *conubium inter plebem et patres* enthalten gewesen seyn soll, reimt sich aber schwer damit, daß, wie man gleichfalls aus Cicero[3] entnimmt, die vorletzte Tafel den Jahreskalender mit den *dies agendi* (*dies fasti* und *nefasti*) enthalten haben soll, denn diese Veröffentlichung war doch ein volksfreundliches Werk. Mommsen[4] nimmt an, die XI. Tafel habe eben nur diesen Kalender enthalten, derselbe sei der alte Numaische Kalender gewesen und später durch Cn. Flavius von Neuem der Geheimhaltung (durch die Pontifices) entrissen worden; indeß fehlen uns hier feste Anhaltspunkte. Auch das Verbot des Conubium ist insofern Streitgegenstand, als die gewöhnliche Ansicht dieses Verbot für die bloße Bestätigung alten Gewohnheitsrechts nimmt[5], was von Karlowa[6] bestritten wird.

Der XII. Tafel pflegen außerdem noch folgende Bestimmungen zugetheilt zu werden:

*Si vindiciam falsam tulit, si velit is*[7] [oder: *sive litis . . ., Prae] tor arbitros tris dato; eorum arbitrio [possessor] fructus duplione damnum decidito.*

Diese von Festus[8] referirte Stelle bezieht sich auf die Besitzregulirung im Eigenthumsproceß und bestimmt die Ernennung dreier *arbitri*, welche den Werth der Streitsache nebst Früchten zu schätzen und die Proceßstrafe auf das Doppelte der Früchte zu erhöhen haben.

*Quodcunque postremum populus jusserit, id jus ratumque esto.*

Auf diesen Satz läßt Livius (7, 17) den Interrex M. Fabius (i. J. 353 v. Chr.) sich beziehen, als die Wahl zweier patricischer Consuln angefochten wurde: jede Wahl sei ein neuer Volksschluß und derogire dem früheren Gesetz (d. i. dem 3. Artikel der *lex Licinia Sextia: Liv. 7, 18*). Und desselben Sophismus bedient sich (bei *Liv. 9, 33. 34*) dann wieder Appius Claudius Caecus, da er nach 18 Monaten nicht die Censur niederlegen will und er auf die *lex Aemilia* verwiesen wird; er sagt: *etsi tenuerit lex Aemilia eos censores, quorum in magistratu lata esset, quia post illos censores creatos eam legem populus jussisset, quodque postremum jussisset, id jus ratumque esset; non tamen aut se aut eorum quemquam, qui post eam legem latam creati censores essent, teneri ea lege potuisse.* Niemand habe ihm darin beigestimmt, fügt

1) *Cic. de leg.* 2, 25; *Gell.* 16, 5. Dazu Schwegler R. Gesch. III. S. 34; Nissen d. Templum (1869) S. 141.

2) *de rep.* 2, 37; dazu *Liv.* 4, 4.

3) *ad Att.* 6, 1: *E quibus* (*libris de republ.*) *unum* ἱστορικόν *requiris de Cn. Flavio, A. f. Ille vero ante Decemviros non fuit. Quid ergo profecit, quod protulit fastos? Occultatam putant quodam tempore istam tabulam, ut dies agendi peterentur a paucis [patriciis?].* Dazu *Dion.* 10, 59 und *Macrob. Satir.* 1, 13: *Tuditanus refert, Decemviros, qui X tabulis duas addiderunt, de intercalando populum rogasse. Cassius eosdem scribit auctores.*

4) R. Chronologie S. 31. 210. Vergl. auch Lange Alterth. I. § 51 (S. 356).

5) Niebuhr R. Gesch. II. S. 380; Göttling R. Staatsverf. S. 223; Mommsen R. Forsch. S. 300. Rossbach R. Ehe S. 453.

6) Die Formen der röm. Ehe (1868) S. 62.

7) *cf.* Schöll *Legis XII tab. rel. p.* 92. 161.

8) *s. v. Vindiciae.* Dazu Karlowa R. Civilproc. z. Z. d. *leg. act.* S. 81.

Livius hinzu, und der Volkstribun P. Sempronius habe jenem, unter Hinweis auf die XII Taff., eingehalten, daß durch die *lex Aemilia* das frühere Recht (5jähriger Amtsführung) aufgehoben worden, und daß das Volk durch diese *lex* einen bindenden Grundsatz aufgestellt habe. Wir erkennen aus diesen Erzählungen, daß jener Satz der XII Taff. in der staatsrechtlichen Praxis eine Rolle spielte. Er ist wohl zunächst auf die Legislation der Centuriatcomitien zu beziehen[1], enthält aber ein allgemeines Princip, das Livius auch schon den Sempronius aussprechen läßt.

## II.

## Die Pontificaldisciplin.

*A.* Die classische Zeit der Pontificaldisciplin ist meiner Ansicht nach die Zeit nach den XII Tafeln. Die religiöse Tradition hatte ursprünglich ihre Organe in den Geschlechtshäuptern und Familienvätern selbst; der Regent kannte und wies das Recht. Eine Zunft mit dem Monopol der Götter- und Rechtskunde können wir nicht an die Anfänge des Volkslebens und in die patriarchale Zeit stellen; erst allmählich sondert sich ein Priesterstand ab aus dem Volksthum; nur allmählich wird die Götter- und Festkunde zu einem Sonderbesitzthum und zur Kunst einer Genossenschaft und bez. einzelner Geschlechter. Diese Entwickelung mag sich im Gegensatz zur Plebs vollzogen und im Verfolg der Decemviralgesetzgebung vollendet haben. So denkt sich's Pomponius[2], und vielleicht klingt eine Reminiscenz hieran auch in der Angabe Cicero's (*ad Att. 6, 1*) nach, daß die XI. Tafel (mit dem Kalender) eine Zeit lang verborgen gehalten worden sei: hiernach wäre bis zu den XII Taff. Gemeingut gewesen, was nachher Zunftbesitz der Pontifices ward.

Ich habe oben (S. 132) die *lex XII tabularum* mit der homerischen Epopöe verglichen; E. Curtius[3] sagt von dieser: „Die homerische Poesie war die erste große That des hellenischen Geistes, nachdem er sich aus den einförmigen Zuständen der pelasgischen Welt herausgearbeitet hatte. Im Homer wurden die Hellenen ihrer selbst bewußt; hier war das gemeinsam Griechische zum ersten Male klar ausgeprägt. Darum wurde Homer der Mittelpunkt des Volksbewußtseyns, ein Erkennungszeichen allen Barbaren gegenüber. Seitdem er geschrieben war, wurde derselbe Homer die Grundlage aller wissenschaftlichen Bildung. Die Kinder wuchsen in den Schulen mit Homer auf.“ Läßt sich nicht Gleiches von den XII Taff. sagen? Sie sind die erste große Geistesthat, an Kraft bewußten Schaffens die Servianische Constitution weit überragend; in ihnen fand das Rechtsbewußtseyn der beiden Hauptvertreter der italischen Nationalität, der Latiner und Sabiner[4], ihren gemeinsamen Ausdruck; sie blieben der Mittelpunkt des nationalitalischen Volksbewußtseyns und Jahrhunderte lang auch in der Provinzialwelt ein Erkennungszeichen den Peregrinen (Barbaren) gegenüber; sie wurden von den Knaben in den Schulen auswendig gelernt und bildeten den massiven Untergrund zu dem späteren großartigen Aufbau der Rechtswissenschaft der Römer.

Das Mittelglied zwischen jener Gesetzgebung und dieser Wissenschaft sind die römischen Pontifices. Wir haben, um deren Stellung und Leistung zu verstehen, davon auszugehen, 1) daß die ursprünglich alleinige und eigent-

1) Lange R. Alterth. I. § 73 (S. 629). — 2) Vergl. Cursus § 115.
3) Griech. Geschichte I. Bch. II. Kap. 4. — 4) Vergl. oben Exc. S. 52.

liche Aufgabe der Pontifices die eines berathenden Collegiums war, d. h. sie hatten den Regenten, dann die Magistrate bei ihrem Verkehr mit der Götterwelt zu berathen[1], und 2) daß seit Ablösung des Religionskultus von der *potestas* der Magistrate die Richter- und Zwangsgewalt, insoweit sie von diesem Cultus unabtrennbar schien, dem *Pontifex Maximus* zufiel, dem nun auch die Wohnung von Staatswegen in der *domus regia* angewiesen war[2]. Abgesehen von dieser sacralen Ausnahmsgewalt blieb dem Collegium immer nur die Aufgabe des Beiraths. Daher ist die von Puchta[3] aufgestellte, dann von Ihering[4] ausgeführte und von Karlowa[5] adoptirte Ansicht zu verwerfen, wonach die Pontifices die Richter gewesen wären in allen wichtigen Streitfällen neben den aus den Privaten genommenen *judices*, die nur bei Taxationen und Auseinandersetzungen zugezogen worden wären. Diese Annahme verträgt sich schwerlich mit der sonstigen Rolle der Pontifices, welche im Allgemeinen eine gutachtliche und berathende war, und nur etwa in rein sacralen Fragen, z. B. über Grabstätten und Gelübde, die eigentliche Entscheidung selbst mit umfaßte[6]. Gehen wir von der schon dieser Zeit angehörigen Spaltung des Verfahrens in *jus* und *judicium* aus, so haben wir die Thätigkeit der Pontifices nicht in letzterem, sondern in ersterem zu suchen; sie standen nicht an der Stelle der Richter, sondern zur Seite der Magistrate, ganz analog der Stellung der späteren s. g. *assessores*[7]. Sie wurden von den weltlichen Magistraten und vom Senat zu den feierlichen Staatsacten zugezogen (*adhibere pontifices*), um dabei mitzuwirken und für correcte Ausführung zu sorgen, und in Zweifelsfällen wurden sie um ihr Gutachten befragt (*consulere pontifices, referre ad* —); das gleiche Verhältniß muß zwischen Consuln (bez. Prätor) und Pontifex in Processen stattgefunden haben; nur ein solcher Einfluß auf die formale Seite des Processes entsprach der Stellung der Pontifices, nicht aber ein Eingreifen in die sachliche Erledigung des Streites, und nicht dieses, sondern nur jenes kann durch die Worte des Pomponius[8]: *privatis praeesse quoquo anno*, angedeutet seyn; höchstens das läßt sich noch in diesen Worten finden, daß die Pontifices zugleich als Consulenten dem Rath suchenden Volke zugänglich waren, sofern der Consulent immer ein gewisses Uebergewicht über seinen Clienten behaupten wird[9]. Es ist nicht wohl denkbar, daß dieselben Personen, welche den Unkundigen Anweisung zur Formulirung der *legis actiones* ertheilten, zugleich die Richter in den Streitfällen waren. Was Pomponius von der Handhabung der *legis actiones* durch die Pontifices sagt, stimmt nur mit der Annahme, daß die Instruction, nicht die Entscheidung des Processes unter ihrem Einfluß stand; auch die *depositio sacramenti ad pontem* gehörte zur bloßen Proceßinstruction, und folglich dürfen wir uns die Pontifices nicht, wie Ihering sagt, als den „Gerichtshof" oder Sitz der eigentlichen „Justiz" denken[10].

*B.* Man streitet darüber, woher die Pontifices ihren Namen haben: ob von *posse* und *facere*, wie der Pontifex maximus Q. Mucius Scaevola etymo-

---

1) s. Curs. § 67 und Lange Alterth. I. § 51. S. 348.

2) s. Lange ebendas. S. 346. 348. 373. — 3) Curs. d. Inst. I. § 41 a. E.

4) Geist d. R. R. I. § 18*a*. II. § 42. — 5) R. Civilproc. z. Z. d. *leg. act.* S. 23.

6) Rubino R. Verfass. I. S. 218; Lange Alterth. I. § 51 (S. 369).

7) *fr.* 9. § 3. *qu. met. c* (4, 2). — 8) *fr.* 2. § 6. *de O. J.*

9) *Liv.* 1, 20: *Numa omnia publica privataque sacra pontificis scitis subjecit, ut esset, quo consultum plebs veniret.*

10) Vergl. Mommsen R. Gesch. I. S 474 und R. Staatsr. II. 1. S. 33; Marquardt Alterth. IV. S. 243; Rudorff zu Puchta I. § 42. Anm. x. y; Lange I. § 51. (S. 317); Huschke d. Multa S. 403. Anm. 143.

logisirend meinte[1], oder von *ponte* (= *pompe, quinque* — Rechenkundige), wie auch vermuthet worden ist, oder vom *pons sublicius*[2], welcher zu dem etwa auf der Tiberinsel gelegenen Amtslokal der Pontifices führte[3], oder (wohl richtiger) von *pons* in der allgemeinen und ursprünglichsten Bedeutung von Weg (Pfad, Steg, Brücke einschließlich)[4]? *Pons* drückt die Technik aus, welche das Symbol der geistigen Kunstfertigkeit der Pontifices war[5]. Sie ordneten, so zu sagen, die geistige Atmosphäre, in welcher die alten Römer athmeten, und richteten den Gedankenbau auf, welcher dann die Heimat des Römerthums blieb: darum galten sie auch im vorzüglichen Sinne als *sacerdotes publici populi Romani*[6]. Es lag in dem juristisch-politischen Naturell der Römer begründet, daß die allgemeine Geistesarbeit sich vornehmlich auf Recht und Staat warf, und darum aus dem Schoße der Pontificaldisciplin dann eine Jurisprudenz erwuchs; doch würde man nicht das Richtige treffen, wollte man die Pontifices als Juristen den Laien gegenüberstellen. Die Pontifices waren Priester; ich möchte sie den Priestern des Delphischen Tempels in der Griechenwelt vergleichen, welche die Vorgänger der Dichter und Philosophen Griechenlands, aber doch noch von diesen zu unterscheiden sind. Die pontificale *Interpretatio XII tabularum* hat für die Römer eine ähnliche Bedeutung, wie der Mund des delphischen Gottes für die griechischen Stämme. Der pythische Apollo, sein Kultus und seine Priesterschaft traten neben den Homer und erstreckten von Delphi aus ihren Einfluß auf die gesammte Griechenwelt; sie führten den naiven Volksgeist aus dem Zustande behaglicher Selbstzufriedenheit auf die Stufe rastlosen Suchens und Arbeitens; die Orakel des Apollo hatten ihre Seher, Sänger und Hymnendichter, welche ebenso, wie die ältesten Bildkünstler, priesterliche Personen waren und geschlossene Innungen bildeten[7]. So waren für die italische Welt die Pontifices die Lenker des aus der Kindheit sich emporarbeitenden Geistes, bahnbrechend und entfaltend, in geschlossener Zunft die Methode des Denkens wie ein Arcanum bewahrend, die Kunstformen des politisch-juristischen Schaffens feststellend, die Berather der Magistrate und Bürger. Wie die Hymnendichtung nur ein einzelnes Fach in dem System des Apollokultus war, so die Entwerfung der Gerichts- und Geschäftsformulare nur ein Fach im System der Pontificaldisciplin. In beiden Systemen bildete der Kultus mit den *sacra* den Mittel- und Ausgangspunkt. Ich vermag daher Ihering auch darin nicht beizustimmen, daß man die Pontifices Juristen und ihre Disciplin eine eigentliche Jurisprudenz nennen könne[8], und habe darin die Römer selbst auf meiner Seite, denn sie nannten

---

1) *Varro de L. L. V*, 83.

2) Die Sacramentsumme sollte *ad pontem* hinterlegt werden (*Varro de L. L. V*, 180).

3) Karlowa Formen d. röm. Ehe S. 111 und R. Civilpr. S. 24.

4) Pontifices kamen nicht bloss in Rom, sondern auch in latinischen Städten vor. Sie waren überhaupt die priesterlichen Pfadbereiter (Kuhn in s. Zeitschr. f. vergl. Sprachforsch. IV. S. 75); Strassen und Brücken standen unter göttlichem Schutz; im german. Mittelalter waren die Brücken Heiligen geweiht. Uebrigens hiess *pons* auch der eingehegte Zugang (Steg) zu den Abstimmungsabtheilungen in den Comitien. — *Ad pontem* bei Varro bedeutet wohl kein bestimmtes Lokal, sondern abstrakt die Obhut der Pontifices.

5) Man denke an die Bauhütten, ihre Traditionen und Mysterien im Mittelalter.

6) Vergl. *Cic. pr. domo* 1; *Varro de L. L.* 6, 21; *Liv.* 8, 9.

7) Vergl. E. Curtius a. a. O. Es kann auch daran erinnert werden, dass bei den alten Griechen die Künste der Aerzte und der Seher in den Adelsfamilien erblich waren. Sehergeschlechter waren in Elis die Jamiden und Klytiaden, in Attika die Eumolpiden und Eteobutaden, in Milet die Branchiden u. s. w.

8) Ihering II. § 42 i. A. sagt: „Diese äussere Absperrung der Jurisprudenz ist der erste Ansatz zur inneren Entwickelung derselben als Wissenschaft; damit der Kern sich entwickele, bedarf er der Schale, und wenn die Schale sich bildet, so ist das ein Zeichen, dass der Kern selber bereits angesetzt hat." Das ist schön gesagt, aber hier nicht zutreffend, weil die Pontifices als Priester, aber nicht als Juristen sich von den Laien abgesondert hielten. Der Erste, welcher sich als Jurist absonderte und hervorthat, war Tib. Coruncanius, freilich ein Oberpontifex, aber ein Plebejer. Demge-

den Pontifex Sempronius σοφός, den P. Atilius Sapiens[1], den Scipio Nasica Optimus[2]: worin alle Andeutung specifischen Juristenthums fehlt. Sie waren Juristen nur in dem Sinne, wie die altägyptischen Priester auch Aerzte des Volkes waren.

*C.* Als Priester hatten sie vor allem die Obhut des gesammten öffentlichen und privaten Kultus, womit eine beschränkte Gerichtsbarkeit zusammenhing, und die Verrichtung der ihnen besonders überwiesenen Opfer; und als Sachverständige des Religionswesens bekamen sie auch die Technik der Kalenderführung, sowie der Rechtspflege, in ihre Hände. Die Beantwortung der Fragen, *quibus diebus sacra fierent* (*Liv. 1, 19*) und *lege aut cum populo agere liceret* (*Varro de L. L. 6, 29; Gai. 4, 29*), war eine eigenthümliche und von den patricischen Pontifices eifersüchtig bewahrte Kunst, welche mit der verwickelten Beschaffenheit der römischen Jahresrechnung zusammenhing. Es galt, den Cyklus zu beobachten und die Einlegung der Schaltmonate zu besorgen, wonach zunächst die regelmäßigen Feste (*feriae stativae*) sich bestimmten, aber außerdem auch die wandelbaren Feste, welche theils ordentliche (*conceptivae*), theils außerordentliche (*imperdtivae*) waren, anzukündigen[3]. Ferner lag den Pontifices die Ueberwachung der *dies fasti* und *nefasti* (Buß- und Entbehrungstage) ob, indem die ältesten *feriae* meist ganz oder theilweise *dies nefasti* waren: nach dem System dieser *dies*, welches in seinem Hauptbestand auf Grund der Pontificaltradition um die Zeit der Decemvirn festgestellt worden zu seyn scheint, galt das magistratische *cum populo* und *lege agere* an gewissen Tagen für *nefas:* es waren zwischen 50 und 60 Tage *nefasti* im engern Sinn, daneben eine Anzahl gemischter Tage (*dies fissi*), und früher etwa 237, später nur 43 *dies fasti* im vollen Sinn. Seit Veröffentlichung des Kalenders durch App. Claudius waren die 45 regelmäßigen Feste dem Volke ohne Beihülfe der Pontifices bekannt, durch Zulassung der Plebejer zum Pontificat (*lex Ogulnia*, 300 v. Chr.) ward den Patriciern überhaupt das Monopol entrissen, und mit Einführung des Formularprocesses schwand die praktische Bedeutung des Kalenders[4].

Während die Augurn durch das Auspicienwesen zu Sachkundigen des Staatsrechts wurden, erhielten die Pontifices durch jenen Zusammenhang des Kalenders mit den *legis actiones* eine Richtung auf das Privatrecht und den Civilproceß: ihr Einfluß mag sich namentlich im Ehe- und Erbrecht, wobei die Wahrung der *sacra privata* in Frage kam[5], und in der *legis actio sacramento*[6] geltend gemacht haben; aus *Cic. de orat. 1, 43* ist zu entnehmen, daß die Composition der processualen *legis actiones* in den *libri pontificum* enthalten war, und wir verstehen hiernach, was Pomponius meint, indem er angibt, daß aus der *interpretandi scientia* das *jus civile* im alten Sinn hervorge-

---

mäss stimme ich Puchta (Curs. I. § 76) bei, der den Pontifices den Namen von „Juristen im eigentlichen Sinne“ abspricht.

1) Vergl. dazu Sanio Varroniana bei Pomponius (1867) S. 148. 156.

2) *fr.* 2. § 37. 38. *de or. jur.* (1, 2).

3) Hiernach war die Aufgabe zunächst eine dreifache: 1) Beaufsichtigung der Feste und Opfer (*feriae et sacrificia*), 2) Berechnung der regelmässigen Feste und 3) Ansetzung der wandelbaren Feste. Hieraus ergab sich in zweiter Linie ihr Einfluss auf das System der *dies fasti* und *nefasti* und ihre Aufgabe, die Annalen (Magistratsverzeichniss, auch *Fasti* genannt) zu führen und bei den *legis actiones* (Beirath — *sacramentum ad pontem*) mitzuwirken.

4) Vergl. Lübbert *Commentationes pontificales* (1859); Th. Mommsen R. Chronologie (2. Aufl. 1859) S. 30. 228 ff.; O. E. Hartmann d. *Ordo judiciorum* und die *judicia extraord.* d. Röm. (1859) S. 10 ff.; Huschke d. alte röm. Jahr und seine Tage (1869); v. Bethmann-Hollw. R. Civilproc. I. S. 75 ff.; Rudorff R. Rechtsgesch. II. § 15; Bardt Die Priester der 4 grossen Collegien aus römisch-republ. Zeit (1871) S. 3 ff.; Karlowa R. Civilproc. S. 271–315; Lange Alterth. I. § 51. S. 348—367.

5) *Libri quatuor singulares!?* s. Leist, Vers. e. Gesch. d. Röm. Rechtssysteme (1850) S. 34. 59.

6) Leist S. 7—19; Lange I. S. 368.

gangen, und durch die Pontifices die *legis actiones* componirt worden seien (*fr. 2. § 5. 6. de O. J.*).

Alle geistige Arbeit, wofern sie sich normal vollzieht, beginnt mit der Disposition des Werks, d. h. mit der formalen Entfaltung der Idee: darum bethätigten sich die Pontifices als die Schöpfer der juristischen Technik. Man hat diese Pontificalkunst nicht unrichtig verglichen mit der mittelalterlichen Scholastik, der Basis der modernen Philosophie. Sie bezog sich vornehmlich auf die Formelabfassung und legte den Grund zu der vorzüglichen Terminologie des Röm. Rechts[1]. Dies erscheint zunächst als die sinnliche Außenseite des Rechtssystems; aber weil in den geschaffenen Kunstwörtern zugleich Rechtsideen, in den Wortinterpretationen zugleich Rechtsentwicklungen, in den Formulirungen zugleich Combinationen verborgen waren, so erbauten die Pontifices zugleich das innere Gerüste des Rechts und verhalfen den im Volksinstinkt verborgenen Rechtstrieben zum faßbaren Ausdruck. „Für alle Arten von Geschäften gab es in Rom bestimmte höchst sorgfältig ausgearbeitete Formulare[2]. Sowie irgend eine neue Art von Geschäften aufkam, ward für diese ein Formular ausgearbeitet, d. h. das Geschäft von vornherein in eine bestimmt geregelte Bahn gewiesen. Die Sammlungen von Formularen waren die Vorläufer, Surrogate und Quellen des dispositiven Rechts.“ Die „handfeste Constitution“ des Röm. Rechts, welcher dieses seine formale Handlichkeit und „Practicabilität“ verdankt, rührt von der pontificalen Technik her, und diese war zunftmäßig bewahrte Weisheit. Der Masse war sie verschlossen: *jus civile repositum in penetralibus pontificum* (Liv. 9, 46) — *per multa secula inter sacra caerimoniasque deorum immortalium abditum solisque pontificibus notum* (*Val. Max. 2, 5, 2*). „Die alten Proceßformeln und ihr Gebrauch waren für den Laien ein eben solches Geheimniß, wie Logarithmentafeln für einen Bauern“, und Cicero (*pr. Mur. 11*) sagt: *Posset lege agi necne, pauci quondam sciebant; fastos enim vulgo non habebant; erant in magna potentia, qui consulebantur: a quibus etiam dies, tanquam a Chaldaeis petebantur.* „So tief das Röm. Volk diese Absperrung und die damit verbundene Entfremdung des Rechts empfinden mochte, so war doch dieselbe für die technische Entwicklung des Rechts selbst von heilsamem Einfluß. Der Atmosphäre der Volksthümlichkeit bis zu einem gewissen Grad entrückt, hatte das Recht sich so zu sagen zurückgezogen an einen abgelegenen Ort, an dem es ungestört seine Schuljahre durchmachen konnte. Die Schule, in die es hier kam, war eine strenge; man merkt dem ältern Recht überall an, daß es nicht wild aufgewachsen ist, wie unser deutsches Recht, sondern daß es schon früh unter die Leitung eines fast pedantisch gestrengen, aber consequenten Zuchtmeisters gerathen ist. Aber gerade dieser Strenge verdankt das Röm. Recht im Wesentlichen jene Solidität und Festigkeit seines Fundaments, jene Einfachheit und Consequenz seiner ganzen Anlage.“ „Weil das Senkblei und Winkelmaß zur rechten Zeit ihre Schuldigkeit gethan, konnte man sie späterhin entbehren; der Uebergang von dem mathematisch Regelrechten zu freieren Formen ist eben so leicht, wie der entgegengesetzte schwer[3].“

So ist es gekommen, daß die Pontifices auch einen Styl des Rechts schufen und die Richtung bestimmten, in welcher dann von der jungen Rechts-

---

1) s. Arnold Cultur- und Rechtsleben (1865) S. 303.

2) *actiones, leges rerum vendendarum* u. s. w., *Cic. de orat.* 1, 57. 58; 3, 33.

3) Ihering II. 2. Aufl. § 27. 36 (S. 301), § 38 (S. 325 ff.); § 42 (S. 404), in Verb. m. § 29 a. E. (d. 1. Aufl.).

wissenschaft fortgearbeitet wurde. Was stylvoll am römischen Recht ist, das verdanken die römischen Juristen vor Allem den Pontifices. Zur Schöpfung eines Styls — sei es, in welchem Lebensgebiet es wolle — bedarf es einer jugendlichen Volkskraft, welche aus einer in sich klaren und einheitlichen Stimmung schafft; solche Klarheit der Stimmung pflegt nur auf der Lebensstufe, wo der Geist sich, unabgezogen durch die Alltagsansprüche des Lebens, rein in sich zusammenzufassen versteht, gewonnen zu werden; was in der Jugend nicht gelingt, gelingt dann nimmer. Diesem Jugendalter des römischen Volkes verdankt das römische Recht seinen karakteristischen und vollendeten Styl, den uns Ihering[1] mit meisterhaften Zügen und Pinselstrichen gezeichnet und illustrirt hat. Wenn ich wieder nach einer Vergleichung mit dem Hellenenthum greifen darf, so möchte ich sagen, dieser aus der Zeit der Pontifices stammende civilistische Styl des römischen Rechts sei in Rom das, was in der hellenischen Kulturwelt der dorische Baustyl. Einfachheit, Kraft und Strenge kennzeichnen diesen Styl: Eigenschaften, die auch das römische *jus strictum* karakterisiren. Voller, weicher und freier, leichter und anmuthiger ist der von Asien herüberkommende ionische Styl, und so auch der Styl der der folgenden Periode angehörigen Rechtsbildungen Roms, welche aus dem *jus gentium* abgeleitet wurden. Was „Styl“ sei, ist schwer zu sagen; wir reden gewöhnlich nur vom Styl in der Kunst, aber auch die Wissenschaft und das Recht haben Stylarten. In der Scholastik des Mittelalters stellt sich ein besonderer Styl wissenschaftlicher Arbeit dar, das römische Recht und das germanische Recht sind verschiedene Stylarten, in alter Zeit des Rechtslebens der Völker ist der Styl am ausgeprägtesten. Styl ist Ausdruck einer in sich abgeschlossenen, eine Kulturstufe darstellenden Geistesrichtung und Grundstimmung des Volksthums: einen Styl in diesem Sinne hat auch das altrömische Recht in seinem auf der Basis der XII Taff. errichteten Aufbau: gleich dorischen Säulen steigen die Rechtssätze der alten Zeit unmittelbar, kräftig und ernst aus jener Basis empor, hell und plastisch in den Formen, knapp und ökonomisch in den Begriffen, unerschrocken und präcis in den Schlußfolgerungen, nachdrücklich in den Straf- und Bußsanctionen, markig in den Ausdrücken, die immer auf's Centrum der Rechtsideenwelt hinweisen.[2]

*D.* Die pontificale Interpretation, als zunftmäßige Thätigkeit subjektiv eingeschränkt, war um so freier in objektiver Hinsicht, denn sie enthielt nicht bloß Entfaltungen der gesetzgeberischen Willensmeinung, sondern wagte sich weit über deren nächsten Umkreis hinaus und schritt auf dem Wege, den wir als Analogie bezeichnen[3], zu Erweiterungen des Rechts und zu relativ selbständigen Gebilden fort; natürlich im Geiste der Zeit, d. h. des Volksthums und Verkehrslebens, daher wir die Pontifices jener Zeit als die Organe des Gewohnheitsrechts anzusehen haben, und zwar nicht bloß in dem Gebiete der formalen Rechtstechnik, sondern auch als Anreger und Förderer neuer Rechtsideen. *Interpretatio* blieb der, so zu sagen, officielle Ausdruck dafür, weil diese Praxis des Forums äußerlich mit großer Sorgfalt an die Worte der *leges* anknüpfte und gleichsam immer im Schatten der XII Taff. arbeitete. Nur auf teleskopischem Wege, welcher leicht trügen kann, lassen sich einzelne Beispiele für diese älteste *Interpretatio* und gewohnheitsrechtliche Bildung gewinnen.

1) Geist II. § 23. 38. 40. 42. 44. 46. 47—47*d*. — 2) Ders. II. § 22 z. A.
3) s. Curs. § 26 und Exc. S. 26—28.

1) Eines der sichersten Beispiele ist die Schlußfolge, welche von dem gesetzlichen Erbrecht des Patrons auf dessen Vormundschaftsrecht gezogen wurde[1]. Man könnte diesen Fall als Extensivinterpretation bezeichnen.

2) Der Satz der XII Taff. *adgnatorum gentiliumque* (*in furioso potestas esto*) ist *apud Veteres* declarativ dahin verstanden worden, daß das *que* eine Disjunction ausdrückt, und die Gentilen folglich nur bei Mangel von Adgnaten als berufen gelten sollen[2].

3) Der Satz *si aqua pluvia nocet* ist von den *Veteres* declarativ im Sinne von *nocere poterit* interpretirt worden[3].

4) Die Zulassung der *usucapio annalis* bei Erbschaften, auch wenn sie Grundstücke enthielten, und überhaupt das ganze Institut der *usucapio hereditatis* wird von Gaius offenbar auf Interpretation der XII Taff. gegründet[4].

5) Auch den Satz *nomina hereditaria ipso jure divisa sunt,* welcher von Paulus und in einigen Kaiserconstitutionen auf die XII Taff. zurückgeführt wird, halte ich für ein Erzeugniß der Interpretation[5].

6) Ich nehme um so zuversichtlicher an, daß der Satz *sub* 5) von den Pontifices herrührt, weil ich auf deren Rechnung den Begriff der Universalsuccession schreibe. Ich sehe dessen Schöpfung als die Hauptleistung der Pontificaldisciplin an und stelle mir vor, daß der Schritt dazu sich äußerlich durch Verbindung der Worte *familia* und *pecunia* vollzog, welche in den XII Taff. noch getrennt vorkommen[6]. Zum ersten Mal begegnet uns diese Verbindung in der von Gai. 2, 104 angeführten testamentarischen Mancipationsformel, welche nicht aus den XII Taff. selbst, sondern nur aus der von den Pontifices geleiteten Praxis hergeleitet werden kann, weil, wenn jenes der Fall gewesen wäre, Gaius nicht unterlassen haben würde, dies anzugeben. Daß ein Begriff, wie der der Universalsuccession, im Wege gesetzgeberischer Erfindung entstände, ist überhaupt schwer zu denken, und daß Forderungen und Schulden am Vermögen haften und auf den Rechtsnachfolger übergehen, ist ein sowohl theoretisch als praktisch so schwerer und schwer wiegender Gedanke, daß wir uns dafür gern auf die methodische Disciplin und Consultation der Pontifices angewiesen sehen, um die erste Genesis vorstellbar zu machen. Erst in dem Ausdrucke *bona* scheint der Gedanke der Vermögenseinheit, von welchem der der Universalsuccession ein Ausfluß ist[7], festen Ausdruck und Vollendung erhalten zu haben[8], und der vorbereitende Schritt dazu mag in der ausdehnenden Deutung des (mit *familia* verbundenen) Wortes *pecunia* enthalten gewesen seyn[9]. Das Interesse der Pontifices an den Begriffen der Vermögensuniversitas und Universalsuccession ist in erster Linie

---

1) *Gai.* 1, 165: *Ex eadem lege XII tab. libertorum et impuberum libertorum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet; quae et ipsa tutela legitima vocatur, non quia nominatim in ea lege de hac tutela cavetur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis praecepta esset etc.* Aehnlich *Ulp. in fr.* 3. *pr de legit. tutor.* (26, 4): *per consequentias hereditatium.*

2) *Paul. in fr.* 53. *de V. S.* und dazu Excurse S. 141.

3) *Pomp. in fr.* 21. *pr. de statu liberis* (40, 7).

4) *Gai.* 2, 54: *ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est (quia neque corporalis est).* Dazu Leist Forts. v. Glück's Commentar Thl. I. (1870) S. 166.

5) Vergl. oben Exc. S. 142. Anm. 2. 3. Dazu Cursus § 134.

6) Vergl. oben Exc. S. 141 und Cursus § 141.

7) *Afr in fr.* 28. *de V. S.: Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac jus successionis demonstrat. Mod. in fr.* 83. *de leg. III: „Quidquid ex hereditate bonisve meis ad te pervenerit".* Dazu *fr.* 165. 178. § 1. *de V. S.*

8) *Paul. in fr.* 39. *de V. S.: Bona intelliguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt.*

9) *Paul. in fr.* 5. *de V. S.: cum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt.* Der Umstand, dass man namentlich auch die *hereditas* mit *pecunia* bezeichnete, und dass Cicero (*Top.* 6 und *de invent.* 2, 21), der dabei sicherlich das *jus pontificium* vor Augen hatte, beide identificirt, spricht für obige Behauptung.

nicht ein juristisches, sondern ein sacrales gewesen: denn ehe man Schulden gegen Menschen hatte, war man längst mit Schulden gegen die Götter belastet, und nur Wenige hatten weltliche, Alle aber hatten himmlische Schulden abzutragen. Das waren die Opfer, deren System ungestört zu erhalten im öffentlichen Interesse lag. An Einem Punkte (*usucapio hereditatis*) bringt Gaius (2, 55) die Erbfolge ausdrücklich mit der Last der *sacra*, und zwar unter Berufung auf die *Veteres*, in Verbindung, und damit stimmt Cicero (*de leg. 2, 19—21*) überein[1]; derselbe geht von dem Satze, *ut conserventur semper et deinceps familiis prodantur et perpetua sint sacra*[2], als einem alten Grundsatze der *disciplina pontificia*, aus, wirft dann die Frage auf, *qui adstringantur sacris*, und bemerkt darüber: *haec jura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut, ne morte patrisfamilias sacrorum memoria occideret, iis essent ea adjuncta, ad quos ejusdem morte pecunia venerit.* In ältester Zeit seien darunter eben die Erben (im eigentlichen Sinne) verstanden worden, also unter *pecunia* die *hereditas: heredum causa justissima est; nulla est enim persona, quae ad vicem ejus, qui e vita emigraverit, propius accedat.* Hier erkennt man den engen Zusammenhang zwischen der *sacrorum memoria* und der Universalsuccession, und Cicero fügt hinzu: *sacra cum pecunia, pontificum auctoritate, nulla lege, conjuncta sunt.* In dem Laboratorium der Pontifices also ist der Begriff der Universalsuccession geschmiedet worden, und zwar ist dies geschehen in unserer zweiten Periode, d. h. in den Jahrhunderten nach den XII Taff., denn Cicero sagt dann weiter, daß ein neuer Grundsatz hinzugefügt worden: *placuit, qui tantundem caperent, quantum omnes heredes, sacris alligari*, und er vindicirt diesen Satz ausdrücklich dem der Mitte des 3. Jahrh. v. Chr. angehörenden Tib. Coruncanius. Die Neuerung bestand darin, daß nun das *onus sacrorum* nicht mehr schlechthin mit der *hereditas* verbunden blieb, sondern der reelle Gewinn aus der Erbschaft in gewisser Weise maßgebend seyn sollte; auf diesem Wege weiterschreitend habe dann der Oberpontifex P. Mucius Scaevola[3] auch die Erbschaftsgläubiger und bez. Erbschaftsschuldner in die Reihe der eventuellen Opferpflichtigen gestellt. Wir ersehen hieraus, daß allerdings im Laufe der Zeit — seitdem es häufiger geschah, daß die Erben sich mit dem *honor sine emolumentis* begnügen mußten — die Opferlast abgelöst wurde von der Erbfolge, daß aber ursprünglich beides eng verbunden war, und darauf kommt es uns hier an.

7) Der Gedanke der Universalsuccession mußte vor Allem beim Testament in Frage kommen. Das Testiren war Nationalsitte und stand im System des Erbrechts der Römer immer im Vordergrund. Bei der Abfassung des Testaments mögen frühzeitig die Pontifices, die ja in den Calatcomitien zu assistiren hatten, mitgewirkt haben. So liegt denn, da vom Mancipationstestament in den XII Taff. nichts berichtet wird, die Vermuthung nahe, daß die Schöpfung und Ausbildung dieses *tertium genus testamenti* (*Gai. 2, 102*) auf Rechnung der Pontificalpraxis zu stellen sei[4]. Hier vor Allem mußte es den

1) Ich berühre diese berühmte und wichtige Stelle nur, insoweit sie hier für uns von Interesse ist. Nicht Alles darin ist zweifellos, namentlich auch nicht das geschichtliche Verhältniss von *jus pontificium* und *jus civile*; und ob in Bezug hierauf Cicero selbst klare und sichere Kenntniss hatte, ist gleichfalls nicht ausser Frage. Vergl. über die Stelle Huschke Zeitschr. f. gesch. R.-W. XIV (1847) S. 156 fg. Leist *Bon. Poss.* I. S. 48 und in Glück's Comment. I. (1870) S. 167 ff.

2) Ueber die *sacra privata* s. Becker-Marquardt Alterth. IV. S. 142 ff. v. Savigny Ueb. d. jurist. Behandlung der *sacra priv.* bei den Röm. in Verm. Schrift. I. S. 157 ff. Leist *Bon. Possessio* I. S. 48 ff.

3) Vergl. Leist in Glück's Commentar, Thl. I. (1870) S. 176. Dieser *Scaevola* wurde 123 v. Chr. *pontifex maximus* (s. *Cic. Top.* 6. 29; *fr.* 2. § 39. *de or. jur.* 1, 2). Sein Sohn, der Q. Mucius Scaevola Pontifex, war der zweite Lehrer Cicero's (*Cic. de leg.* 2, 19; *fr.* 2. § 41. *de or. jur.* 1, 2).

4) Vergl. oben Exc. S. 142 a. E.

Pontifices als ihre Aufgabe erscheinen, für die *memoria sacrorum* zu sorgen; sie thaten es, indem sie die *familiae emtio* als Universalsuccession behandelten; *amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat,* sagt Gaius (*l. c.*) in Bezug auf den *emtor,* welcher die Ordnung der Angelegenheiten übernahm: ein Fingerzeig auf den Begriff der Universalsuccession, welcher nunmehr auf den Schauplatz der Rechtsgeschichte tritt; wir wollen dahingestellt lassen, ob ohne Weiteres jetzt schon, oder erst in Verbindung mit der Umgestaltung des Mancipationstestaments in die schriftliche Form (*Gai. 2, 104*).

8) Auch in andrer Hinsicht die Mancipation weiter ausgebildet und praktisch verwerthet zu haben, scheint mir das Verdienst der Pontifices zu seyn, z. B. in der Schöpfung des Begriffs der *servitutes praediorum rusticorum*[1], deren Beizählung zu den *res mancipi* ihren geschichtlichen Zusammenhang mit der Mancipation andeutet. Sie mögen zuerst durch Deduction bei der Parcellirung und Veräußerung von Grundstücken vorgekommen seyn, wenn der Besitzer weiter Strecken sich die Passage oder den Wasserbezug für seine Person und sein Inventar sichern wollte. Kein Gesetz wird angeführt, wodurch die Servituten zur Anerkennung gelangt seien, sie entstanden in der Praxis; *iter, actus* und *aqua* tragen den Stempel hohen Alterthums; man bestreitet, daß die Vorschrift der XII Taff. über die *via*[2] von Privatwegen, d. h. Wegservituten gemeint gewesen sei; wahrscheinlich ist mir, daß von den Pontifices das *verbum legitimum „via"* auf *leges mancipationis* (Servituten) übertragen wurde.

9) Zwei andere Grundsätze, welche sich für unser modernes Rechtsbewußtseyn wunderlich genug ausnehmen, dem Erbrecht angehörig, sind offenbar gleichfalls der Pontificalinterpretation entsprungen. Sie haben das gemeinsame Schicksal gehabt, für bloße Machwerke einer äußerlichen Wortinterpretation gehalten zu werden, was mit ihrer Dauerhaftigkeit nicht wohl zu reimen ist. Aus ihnen spricht vielmehr ein bestimmter Styl, die Forderung einfachster Oekonomie und Gedrungenheit im civilistischen Gefüge der Normen. *a*) *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*[3], d. h. *testamentum* und *hereditas* sind correlat; ist also ein Testament da, so ist die *hereditas* nicht vacant und kein Raum für die *lex,* die nur secundär eintritt; es würde gefährliche Mengung und Verwickelung seyn, zwei verschiedene Delationsgründe gemeinsam und theilweise eintreten zu lassen. *b*) *In legitimis hereditatibus successio non est,* d. h. das Gesetz kennt nur Berufung in erster Linie; Eventualitäten bleiben außer Ansatz, auch Vulgarsubstitution und bedingte Erbeinsetzung ist dem alten System einfacher und unmittelbarer Rechtswirkungen fremd; der Gedanke einer Reihenfolge eventueller Berufungen ist ein künstlicher und überragt die Region der primitiven Erbcombinationen. Das älteste Recht war stark in seiner Einfachheit und Fernhaltung aller Verwickelungen. Diesen Styl des Rechts haben die Pontifices festgehalten; daß sie verstanden, in freier Weise mit den Worten des Gesetzes

---

1) Vergl. Cursus § 184 Anm. 7 und § 185. Anm. 8. Dazu Voigt d. gesch. Entsteh. d. Servit. S. 26. Zahlreiche Stellen beschäftigen sich mit der Traditionsformel *fundus uti optimus maximus est* bei Grundstückskäufen und behandeln deren Bedeutung für Prädialservituten, z. B. *fr. 75. de evict.* (21, 1), *fr.* 90. 126. 169. *de V. S.,* wo ältere Juristen, wie Q. Mucius, Sabinus und Proculus angeführt werden. Vermuthlich gehört die Frage nach der Gewährspflicht des Verkäufers wegen Prädialservituten zu den ältesten Fragen der juristischen Praxis und vielleicht noch in die Zeit der Pontificaldisciplin. Vergl. dazu *fr.* 86 *eod.*

2) Vergl. oben Exc. S. 144. *tab. VII.*

3) *Cic. de invent.* 2, 21; *fr.* 7. *de R. J.* — 4) *Ulp.* 26, 3.

umzugehen, wenn es galt, Fortschritte zu verwirklichen, zeigt gerade für das Erbrecht die im Mucius-Commentar des Pomponius enthaltene Mittheilung: *verbis legis XII tabularum his „uti legassit suae rei, ita jus esto" latissima potestas tributa videtur, et heredes instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi*[1]. Wenn man hier so frei verfuhr, sollte man bloß aus Schwerfälligkeit[2] jenen Sätzen *sub a*) und *b*) angehangen haben, um den Wortlaut des Gesetzes zu salviren? Das ist geradezu undenkbar.

Die Mittheilung des Pomponius bestätigt übrigens, was oben *sub* 6) und 7) ausgeführt wurde, ziemlich direkt. Der Wortsinn der XII Taff. war unbestimmt; was sollte das *legare* bedeuten? was sollte unter *res* (und *pecunia, tutela*) begriffen werden? Diese Fragen harrten der Entscheidung. So gelangte man zur Ausbildung des Universalsuccessionsbegriffs, stellte ihm gegenüber den des Legats und erkannte auch testamentarische Freilassung an. Ich meine, daß sowohl das Vindications-, als auch das Damnationslegat Spuren der Ausbildung im Wege methodischer Praxis und Interpretation an sich tragen; dies gilt namentlich von dem letzteren, dessen Entstehung im Zusammenhange mit dem *gerere per aes et libram* gestanden haben muß[3]. Die Freilassung (*libertas directo data*) anlangend, so müssen die XII Taff. einen Satz enthalten haben, aus welchem die Zulässigkeit bedingter Manumissio und die Rechte der *statu liberi*, offenbar im Wege der Interpretation, abgeleitet wurden[4]. Pomponius (s. Anm. 4) sagt es ausdrücklich, daß es sich dabei um Interpretation des Wortes *emtio* gehandelt habe, und Festus (*s. v. Emere*) gibt uns einen Fingerzeig dazu in seiner Bemerkung: *Emere, quod nunc est mercari, antiqui accipiebant pro sumere.*

10) Gaius (1, 132) beruft sich für das Erforderniß dreimaliger Mancipation bei der *emancipatio filiifamilias* auf die Worte der XII Taff.:[5] *si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto.* Nimmt man aber, wie Manche thun, an[6], daß jener Satz zunächst nur Befreiung des Sohnes zur Strafe für den Vater, der sein Kind wirklich 3 Mal verkauft hat, ausgesprochen habe, so würde auch hier auf dem Wege späterer Interpretation der Emancipationsritus, in welchem die Mancipation nur Mittel zum Zweck war, aus den XII Taff. entstanden seyn.

11) Von großer Bedeutung für den *status* römischer Bürger war das Institut des *postliminium*, dessen Feststellung schon in sehr früher Zeit zum Bedürfniß geworden seyn muß[7]. Sein hohes Alter wird überdies durch seinen Zusammenhang mit dem Völkerrecht und durch ein in den Quellen angeführtes Beispiel[8] dargethan; aber daß in den XII Taff. Bestimmungen darüber enthalten waren, wird nicht nur nirgends gesagt, sondern noch besonders widerlegt durch solche Ausdrücke, wie *antiquitus placuit, placuisse scribit,*

---

1) *fr.* 120. *de V. S.* Vergl. oben Exc. S. 141.
2) Ihering Geist II. § 44. S. 456 (*ed.* 3.). — 3) s. Cursus § 148.
4) *Ulp.* 2, 4: *Sub hac conditione liber esse jussus „si decem milia heredi dederit", etsi ab herede abalienatus sit, emtori dando pecuniam ad libertatem perveniet; idque lex XII tab. jubet. Pomp. in fr.* 29. § 1. *de statu lib.* (40, 7): *Verissimum est, posse dari pecuniam heredi ab intestato, secundum quem sententia dicta est; quoniam lex XII tab. emtionis verbo omnem alienationem complexa videretur nec interesset, quo genere quisque dominus ejus fieret, et ideo hunc quoque ea lege contineri, secundum quem sententia dicta est, et liberum futurum eum, qui ei dedisset pecuniam. Mod. in fr.* 25. *eod.*: *Statu liberos venumdari posse leges XII tab. putaverunt. Festus: Statu liber est, qui testamento certa conditione proposita jubetur esse liber. Et si per heredem stet, quominus statu liber praestare possit, quod praestare debet, nihilominus liber esse videtur.*
5) s. oben Exc. S. 140: *tab. IV.*
6) Ihering Geist II. § 32 (S. 184 d. 3. Aufl.). *Gai.* 1, 140.
7) Vergl. Cursus § 129. *Gai.* 1, 129; *fr.* 24. 27. *de captivis* (49, 15).
8) *fr.* 5. § 3. *de captivis* (49, 15): *Atilius Regulus.*

*jus inter nos ac liberos populos moribus legibus constitutum idque naturali aequitate introductum*[1], und durch die Zurückführung auf das *jus gentium*[2]; das Responsum, welches über den Fall des Atilius Regulus[3] abgegeben wurde, war offenbar aus dem Collegium der Pontifices hervorgegangen, und so greifen wir wohl nicht fehl, wenn wir die ersten Grundlinien des Systems des *postliminium* auf Rechnung der Pontificaldisciplin schreiben.

12) Es war alte Einrichtung bei den Römern und vielleicht schon aus der letzten Regentenzeit herrührend, daß Sold (*stipendium s. aes militare*) an die Soldaten im Dienst, und die Kaufsumme zur Anschaffung der Ritterpferde (*aes equestre*), sowie die Futterkosten zu deren Unterhalt (*aes hordearium*) an die *equites* geleistet wurden, was durch die *curatores tribuum*, die später *tribuni aerarii* hießen, besorgt wurde. Seit der Belagerung von Veji (403 v. Chr.) geschah das unter Staatsgarantie[4], bez. aus dem *aerarium publicum*. Die Erhebungsberechtigten konnten mittels der *pignoris capio*[5] gegen die Tribuni[6] verfahren, denen die Vertheilung und Auszahlung der Gelder von Staatswegen oblag; ob die *mores*, auf welche von Gaius (4, 27) dieses Verfahren zurückgeführt wird[7], vor oder nach der *lex XII tab.* sich gebildet haben, bleibt zweifelhaft. Gaius führt sie vor den Fällen der XII Taff. auf, was auf höheres Alter zu deuten scheint, doch liegt es nahe, anzunehmen, daß die *mores* erst nach dem Vorbilde der gesetzlichen *pignoris capio* und vielleicht im Zusammenhange mit der Umgestaltung des Soldsystems durch Camillus, unter dem Einflusse der Pontifices, entstanden; jedenfalls kann sich die von Gaius angegebene Praxis, daß diese *pignoris capio* auch an *dies nefasti* zulässig war[8], nicht wohl ohne die Pontifices festgestellt haben. —

Schon in einem Falle (*nomina hereditaria ipso jure*[9] *divisa*) ist die Vermuthung, daß ein von späteren Juristen unmittelbar auf die XII Taff. zurückgeführter Satz nur mittelbar aus denselben resultire, aufgestellt; dieselbe Vermuthung dürfte sich betreffs der Angabe, daß in den XII Taff. vom Kauf und vom Depositum die Rede gewesen sei, empfehlen, denn es ist ganz unwahrscheinlich, daß diese dem Bereiche der *bona fides* angehörigen Obligationen schon zur Zeit jener Gesetzgebung zur juristischen Existenz gelangt seien. Nur die Mancipation, in welcher allerdings die Kaufidee als ein Moment mit enthalten war, hatte in den XII Taff. Platz gefunden; zwar kam darin auch das Wort *emere* (*emtio*) vor, allein Pomponius sagt darüber ausdrücklich: *lex XII tab. emtionis verbo omnem alienationem complexa videbatur*[10], und damit stimmt die Bemerkung des Festus[11], daß in alter Zeit *emere* die allgemeine Bedeutung von *sumere* (nehmen, erwerben) gehabt habe. Entsprechend dürfte unter dem Worte *venumdare* in den XII Taff. jede, oder doch jede entgeltliche Veräußerung verstanden worden seyn[12]. Nun sagt freilich Justinian[13], unter Secundirung des Theophilus: *Venditae res et traditae non aliter emtori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo satisfecerit veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege XII tab., tamen recte dicitur et jure gen-*

1) *fr.* 4. 12. *pr.*, *fr.* 19. *pr. eod.*
2) *Isidor. Orig.* 5, 6. — 3) *fr.* 5. § 3. *cit.*
4) s. Lange R. Alterth. I. § 65. Camillus vor Veji: erster Winterfeldzug.
5) Vergl. Cursus § 162. — 6) Ob auch gegen die Wittwen und Waisen selbst?
7) und zwar im Gegensatz zu der *lex XII tab.*, auf welche zwei andere Fälle gegründet wurden.
8) *Gai.* 4, 29.
9) Vergl. oben Exc. S. 142. 159. Schon die Worte *ipso jure* deuten mehr auf *jus pontificium* (*civile*), als auf *lex*.
10) *fr.* 29. § 1. *de statu liberis* (40, 7). — 11) s. oben Exc. S. 162.
12) Voigt D. *jus naturale IV.* 3. S. 540. — 13) § 41. *J. de rer. div.* (2, 1).

*tium, id est, jure naturali id effici;* und Viele haben diese Berufung auf die XII Taff. im volleren oder beschränkteren Sinne acceptirt[1]. Allein in keiner anderen der neun[2] Stellen, welche jenen Rechtssatz enthalten, ist seines Ursprungs aus den XII Taff. gedacht, die Mittheilung trägt die deutlichsten Spuren späterer Rechtsbildungen an sich (*satisfacere, expromissor, pignoris datio*), und die bloß nachträgliche generelle Hinzufügung *quod cavetur etc.* zeigt, daß hier nicht direkte Wiedergabe eines alten Textes oder Satzes, sondern nur Berufung auf eine irgendwie zu benutzende Stelle der XII Taff. gemeint ist. Es liegt nahe, an die in den XII Taff. anerkannte Mancipation zu denken, in deren Ritus die *aeris datio* ein wichtiges Moment, wohl das Moment der Perfection bildete[3]; mit dieser Uebergabe des *pretium* war die Mancipation vollendet, und eher konnte von Uebergang des Eigenthums nicht die Rede seyn; wie nahe lag es, im Interpretationswege, als die *emtio venditio* entwickelt wurde, für diese jenen Satz aus dem Mancipationsritus zu entnehmen, und sich dafür neben dem *jus gentium* als Quelle des *contractus bonae fidei* im archaisirenden Sinne auch auf die XII Taff. zu berufen.

Auch vom Depositum im Sinne des späteren Rechts kann nicht wohl in den XII Taff. die Rede gewesen seyn. Wenn Paul. (*S. R. 2, 12, § 11*) sagt: *ex causa depositi lege XII tab. in duplum actio datur*[4], so ist das nicht als Anerkennung des Realcontracts des *jus gentium*, sondern vielleicht als eine Strafsanction parallel derjenigen über das *furtum nec manifestum* zu verstehen[5]. Jedoch ist es nicht unmöglich, daß man später es für gut fand, sich auf die XII Taff. zu berufen, als man von einer *ex fide bona* zu behandelnden *obligatio ex deposito* zu sprechen anfing, und die Praxis sich nach einem Rechtsboden umsah. —

Ueberblicken wir die auf die pontificale Hermeneutik zurückgeführten Rechtssätze, so finden wir einige unmittelbar den Decemvirn zugeschrieben, die meisten ausdrücklich oder doch andeutungsweise wirklich mit der alten Interpretatio in Zusammenhang gebracht. Dabei sind oft die *Veteres* genannt; unter denselben pflegen die Juristen der letzten Jahrhunderte der Republik verstanden zu werden, indeß hindert uns nichts, das Wort auch auf die Pontifices zu beziehen, und die Art der fraglichen Rechtssätze weist uns entschieden auf sehr alte Zeit zurück.

## XXIV. Kapitel.

### III. Die Rechtsfähigkeit.

(Zu § 118—121.)

#### I.

#### Die Clienten, Aerarier und Cärites.

Von Em. Hoffmann[6] wird angenommen, daß die Clienten zuerst durch die XII Taff. civilrechtliche Selbständigkeit erhielten; hiervon mache der

---

1) Vergl. Dirksen Text der Zwölftafelfr. S. 500; Leist d. Mancipation S. 88—111; Exner Rechtserwerb durch Tradit. S. 352; Fr. Hofmann Beitr. z. Gesch. d. griech. u. röm. R. S. 44 ff. Letzterer leitet auch den Rechtssatz vom Uebergang des Periculum aus den XII Taff. ab. Und neuerdings Bechmann d. Kauf n. gem. R. I. (1876) S. 200.

2) s. Exner S. 347.

3) *Aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit quasi pretii loco: Gai.* 1, 119.

4) Wiederholt in *Coll. leg. Mos.* 10, 7. § 11.

5) Vergl. übrigens Ihering Geist II. § 29. Anm. 127 und *Tryph. in fr. 55. § 1. de admin. tutor.* (26, 7).

6) i. d. Zeitschr. f. d. österr. Gymnas. (Wien) 1866. S. 576.

Client des Appius Claudius Decemvir, M. Claudius in dem gegen die Virginia gerichteten Vindicationsprocesse einen Gebrauch, welcher beweise, daß er ein neu errungenes Recht ohne Präcedenzfall auszuüben sich bewußt gewesen[1]. Indeß neu genug würde dieses Recht auch gewesen seyn, wenn man annimmt, daß schon auf der Grundlage der Servianischen Verfassung das Besitzthum der Clienten geordnet, ihnen grundsätzlich die Theilnahme an den Centurien eingeräumt[2], und dieses Recht durch die XII Taff. neu gesichert wurde.

Nächstdem mögen die Clienten des Stimmrechts in den Tributcomitien durch die *lex Valeria Horatia* (449 v. Chr.) theilhaftig geworden seyn, zunächst vielleicht im Interesse der Patricier, die aber von nun an auch auf ihre Herrenrechte im bisherigen Sinne zu verzichten sich immer mehr gewöhnen mußten. Hoffmann (a. a. O.) bemerkt, seit d. J. 449 verlaute nichts mehr davon, daß die Clienten seiten ihrer Patrone zur Heeresfolge wären entboten worden. Der erste von Livius (5, 32) berichtete Fall, daß Clienten ihre Bürgerpflicht über die Clientenpflicht setzten, und daß sie an der Abstimmung in den Tributcomitien theilnahmen, hat i. J. 391 v. Chr. (dem Camillus gegenüber) stattgefunden.

Einen Kreis innerhalb der weiteren Bürgerschaft bildeten die *aerarii:* sie waren ohne actives[3] und passives Wahlrecht und galten nur in Betreff des Privatverkehrs als *cives;* sie hatten eine besonders geordnete Steuerlast und waren daher in besonderen Bürgerlisten eingetragen. Mommsen stellt sie als zweite Steuerklasse den Tribules gegenüber: ein Gegensatz, der sich seit der Censur des Appius Claudius (312) änderte, indem nun auch die Aerarier in die Tribus (urbanae) gewiesen wurden[4]. — Ueber die Entstehung der Kategorie der Aerarier gehen die Ansichten auseinander: die herrschende Ansicht ist, daß unterworfene Völkerschaften das erste Contingent gestellt haben; sie identificirt die Aerarierliste mit den *tabulae Caeritum.* Lange[5] vermuthet, daß ihr erster Ursprung in die Servianische Zeit falle und mit der Aufnahme der Plebs zusammenhange; Mommsen[6] hält für unzweifelhaft, daß auch Freigelassene in ältester Zeit als Aerarier behandelt worden seien; Em. Hoffmann[7] unterscheidet zwischen *aerarii* und *Caerites:* Erstere seien eigentlich nur die vorübergehend durch Suspendirung ihrer politischen Rechte herabgedrückten, nämlich die aus Nexum Schuldknechte gewordenen Bürger (*obaerati, obaerarii*), Cärites dagegen seien die Bürger von Cäre, welche durch Uebersiedelung nach Rom die Civität ohne Stimmrecht erhielten, und beide Classen seien nur insofern, als sie stimmrechtlose Halbbürger enthielten, zusammengestellt und erst später gemeinsam als *Caerites* oder auch *aerarii* bezeichnet worden; doch habe der Unterschied fortbestanden, daß die eigentlichen Cäriten nur durch Volksbeschluß, die eigentlichen Aerarier mit Lösung der Schuldknechtschaft von selbst zur vollen Civität gelangten, und erst später sei die Kategorie der Aerarier auf Fälle politischer Infamie durch die Censoren ausgedehnt worden.

---

1) *Dion.* 11, 30. — 2) s. Cursus § 83.
3) D. h. sie nahmen weder an den Centurien, noch an den Tribus Theil und waren demgemäss auch vom Legionsdienst ausgeschlossen.
4) Mommsen R. Staatsrecht II. (*ed.* 2.) S. 389—392.
5) R. Alterth. I. § 59. (S. 469) 62 (S. 506).
6) a. a. O. S. 390. — 7) a. a. S. 587.

## II.

## Die juristischen Personen.

Die gewöhnliche Anschauung der Rechtshistoriker neigt dahin, die Entstehung des Begriffs der juristischen Persönlichkeit in frühe Zeit zu versetzen, und ich selbst habe in Uebereinstimmung damit in der 1. Auflage (§ 122) bereits in der 2. Periode vom Aerarium und den Corporationen gehandelt. Abweichend davon bin ich jetzt der Ansicht, daß jener Begriff nicht in alte Zeit hinaufzurücken, weder dem *jus strictum*, noch dem *jus honorarium* oder neueren *jus civile* der Republik, sondern eigentlich erst dem *jus extraordinarium* der Kaiserzeit zu vindiciren ist, und daß nicht am *aerarium*, sondern erst am *fiscus* der Gedanke der juristischen Person klar hervortritt.

Ansätze zu dem Gedanken, daß es außer den einzelnen Menschen wirthschaftliche Lebenspotenzen gibt und geben muß, welche ähnlich den Menschen in den Verkehr eingreifen und dem Vermögensrecht ähnliche Rechtsverhältnisse zeugen, hat es freilich bei den Römern frühzeitig gegeben, und bei jedem Culturvolke finden sich naturgemäß solche Ansätze. Aber der Jurist weiß mit ihnen nicht viel zu machen, denn sie sind ohne juristische Consistenz und Reife; sie sind fließenden Wellen vergleichbar[1] und spotten ihrer Placirung im Privatrechtssystem, wohin der ausgetragene Gedanke der juristischen Persönlichkeit gehört. Ohne die römische Kaiserzeit würde unsere Theorie der juristischen Personen schwerlich im Stande seyn, am römischen Recht anzuknüpfen, und in der Kaiserzeit ist es namentlich der Fiscus, an dessen immer fester präcisirter Gestalt sich die Rechtsätze emporranken, aus welchen unsere Theorie hauptsächlich ihr Material entnimmt; erst durch das *jus extraordinarium* (Senatsconsulte und Constitutionen) ist der Begriff der Corporation der Region des *jus publicum* entrückt und in den irdischen Boden des *jus privatum* eingepflanzt worden.

Die früheren Ansätze zu diesem Begriff sind mannichfacher Art. 1) Vor Allem fällt unser Blick in alter Zeit auf den Staat selbst, das *nomen populi Romani*, dessen *aerarium* sich aus dem heiligen Schatze der Curien und bez. des *Jupiter Capitolinus* frühzeitig herausbildete. Dem Staat gehörte die wichtigere Kriegsbeute; der Staat verkaufte Grundstücke und Sklaven und zog Steuern von den Tribulen und Aerariern ein; Grundstücke, Geld und Sklaven also befanden sich im Vermögen des Staats, der auch durch die Censoren und Quästoren mannichfache Rechtsgeschäfte mit einzelnen Bürgern einging; mehrmals wurde der *populus Romanus* von fremden Königen zum Erben eingesetzt[2] und selbst zum Vormund des Thronerben erkoren. Aber alle diese Rechtsverhältnisse und Rechtsgeschäfte wurden vornehmlich von publicistischen Gesichtspunkten aus beurtheilt und im Verwaltungswege geordnet[3].

2) Aelter als der Staat selbst waren die *gentes*, ihm gleichalterig die *curiae*, fast so alt, wie er, manche Genossenschaften und Zünfte, wie die Genossenschaften der *montani* und *pagani*, die auf *Numa* zurückgeführten *collegia opificum* und *tibicinum* und gewisse Priestercollegien. Alle

---

1) Dies scheint noch Ulpian (22, 5) in Ansehung der *municipia* anzudeuten, wenn er von ihnen sagt: *incertum corpus est*.

2) Vergl. Dirksen Civilist. Abhandl. I. (1820) S. 130.

3) Vergl. Becker-Marquardt R. Alterth. III. 2. S. 120—129. Rivier Unters. üb. die *cautio praedibus praediisque* (1863) S. 19. 84 ff. Anders zum Theil Göppert i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. IV. S. 256 und Pernice Labeo I. S. 263 ff. Letzterer lässt die geschichtliche Entwickelung ausser Betracht.

diese Verbindungen hatten sacralen Karakter, mußten regelmäßige Opfer bringen, es stand ihnen für diese Zwecke ein gewisses staatlich garantirtes Vermögen zu Gebote, und *magistri* an ihrer Spitze hatten für die *sacra* und Festspiele zu sorgen und die *nuncupatio votorum* zu vollziehen. Allein feste privatrechtliche Normen im Sinne eines einfachen und strikten Vermögensrechts waren dafür nicht ausgebildet[1].

3) Am freiesten stand, so scheint es, der Rechtssinn der Römer den wirthschaftlichen Verhältnissen der Landstädte (*municipia, coloniae, praefecturae*) gegenüber, denn das geschichtliche Band trat hier mehr in den Hintergrund, so daß der Raum für juristische Construction freier wurde; doch war auch für die *civitates* von besonderer Wichtigkeit ihr mit publicistischen Elementen gemischtes Verhältniß zu den als *agri vectigales* ausgethanen Latifundien[2], und erst in der Kaiserzeit wird im Wege der Privilegienertheilung manchen, dann allen Städten ein freieres Vermögensrecht zu Theil[3]; es ist dies die zweite Bahn neben dem Recht des Fiscus, auf welcher das *jus extraordinarium* den Begriff der juristischen Person zum (vorläufigen) Abschluß brachte.

## XXV. Kapitel.

### IV. Das Privatgebiet.

(Zu § 122–146.)

### I.

### Die *mancipatio*.

Dieses Rechtsgeschäft ist eine der interessantesten und am meisten karakteristischen Erscheinungen in der Rechtswelt der Römer. Sie reicht in altersgraue Zeit über alle Geschichte zurück, trägt das volle Gepräge der Urzeit und hat sich doch bis über die Zeit der classischen Jurisprudenz hinaus im Verkehr erhalten. In ihr verbindet sich die Liebe des Kindes an symbolisch-dramatischer Verkörperung der Gedankenwelt mit dem Bestreben, der wirthschaftlichen Verkehrsbewegung zu markantem Ausdruck zu verhelfen. Im Faltenwurf breiter und umständlicher Feierlichkeit schreitet sie einher,

---

1) „Das älteste Communalwesen der Römer schliesst sich an das *jus sacrum* derselben an. Die Priestercollegien dienten als Vorbild bei der Entstehung der übrigen Communen; die gemeinsame Feier bestimmter *sacra* bildete die Bedingung ihrer Consistenz und wurde als äusseres Erkennungszeichen gebraucht. — Das Band gemeinsamer *sacra* lässt sich bei den plebejischen *pagani, montani, vicani* u. s. w. nicht verkennen. Ebenso müssen wir eingestehen, dass der Staat, indem er diesen Verbindungen eigne Aufseher (*magistri pagorum* u. s. w.) vorsetzte, denselben den Schein juristischer Personen beilegte; indess bei der vorherrschend polizeilichen Tendenz dieser Einrichtung lag es gewiss nicht in dem Plane der höchsten Gewalt, diesen Genossenschaften die Prädikate selbständiger Collegien zu verleihen. — Den Gottheiten und Priestercollegien wird von jeher ein Vermögen von Sklaven und Immobilien beigelegt, wovon jene den niedern Dienst bei dem Cultus zu verrichten bestimmt waren, während der Ertrag der letzteren den nöthigen Aufwand für diesen hergab. Dies Vermögen war aber ursprünglich vom Staate ausgegangen, und die Corporationen trugen dasselbe gewissermassen zu Lehn; denn es war dies keineswegs das Resultat einer unbeschränkten Erwerbsfähigkeit der jur. Pers. überhaupt, oder der religiösen Corporationen insbesondere." Dirksen Civilist. Abhandl. II. (1820) S. 8. 28. 114. Mit ihm stimmt v. Savigny R. d. Besitzes § 12*a*. darin überein, dass das Recht der Priestercollegien an den Immobilien sich auf blosse Verleihung von Seiten des Staats gestützt habe. Vergl. auch Pernice Labeo I. S. 255.

2) Dirksen a. a. O. S. 127.

3) Dirksen S. 101 ff. — v. Savigny System II. S. 247 sagt: „Sobald um der abhängigen Städte willen der Begriff einer jurist. Person festgestellt worden war, kam derselbe allmählich auch in solchen Fällen zur Anwendung, für welche allein er ursprünglich nicht leicht erfunden worden wäre. Er wurde nun angewendet auf die uralten Genossenschaften der Priester und Handwerker; ferner auf den Staat, den man jetzt durch künstliche Reflexion aus sich selbst heraustreten liess, unter dem Namen des Fiscus als eine Person behandelte und so unter einen Richter stellte; endlich auf ganz ideale Subjecte, wie Götter und Tempel."

und doch hat sie zu vielfacher Anwendung geschickt sich im Personen- und Sachenverkehr ein Jahrtausend lang in Geltung erhalten, und mag den Peregrinen und Barbaren aller Jahrhunderte und in allen Provinzen des Reichs ein imposantes Schauspiel, in welchem immer nur römische Bürger figurirten, gewesen seyn. Was die *mancipatio* für den Sachenverkehr, war die *stipulatio* für den Obligationenverkehr, letztere freilich — entsprechend der leichteren Art und beweglicheren Aufgabe der Obligatio — leichter und beweglicher organisirt: beide aber plastisch, ausdrucksvoll und populär; sie kennzeichnen den Styl des römischen Rechts. Sie wanderten mit den römischen Bürgern bis an die Peripherie ihres weiten Reichs und hatten das Schicksal gemein, während des 5. und 6. Jahrhunderts n. Chr. im Gebrauch feierlicher Urkunden, in denen sie fictionsweise als vollzogen aufgeführt wurden, unterzugehen[1]. Dieses Unter- und Aufgehen in der Urkunde ist eines der Zeichen, an denen der Verfall des classischen Styls des Rechts, der Verfall der Antike überhaupt, am deutlichsten wahrgenommen wird.

*A.* An dem Mancipationsakt (*mancipium*[2], *mancipatio*) sind Gedanke und Ritus ins Auge zu fassen, die sich wie Seele und Leib zu einander verhalten und also wenn auch logisch unterscheidbar, doch organisch zusammengehören[3]. I. Der Gedanke, welcher die Seele bildet, ist der Grundgedanke des menschlichen Verkehrslebens: Austausch von Werthen, die im Verhältniß des Entgelts (Aequivalents) stehen — aber nicht jedweder solche Austausch, sondern der civilisirte und mobilisirte Austausch, welcher den Geldbegriff voraussetzt und Waare und Preis unterscheidet: also nicht Tausch, sondern Kauf; Kauf ist mobilisirter, vergeistigter Tausch. Und der Kauf tritt hier in der Gestalt des Gegenübertretens von *res mancipi* und *nec mancipi*, m. a. W. von *familia* und *pecunia* auf:[4] man leistet eine *res mancipi* gegen *res nec mancipi*, diese sind das Vehikel, wodurch jene in Verkehrsbewegung gesetzt werden.

II. Hierdurch ist zugleich der Ritus gesetzt. *Res nec mancipi* kommen als Quantitäten in Betracht, die entweder gezählt (*pecudum numerus*) oder gewogen werden (*aeris pondus*); da aber das Metall im Verkehr als allgemeiner Werthvertreter durchdringt, ist es natürlich, daß der Kaufritus neben den Werthstücken, die den Preis bilden sollen, die Wage und den Wagehalter (*libra et libripens*) verlangt. Uebergabe des zugewognen Metalls und Anfassung der Waare sind die den Geschäftsabschluß darstellenden und den Eigenthumsübergang perficirenden Handlungen. Auch zwischen diesen beiden Handlungen ist vielleicht geschichtlich zu unterscheiden: dann ist das Anfassen der Waare als das ältere Element zu vermuthen; es erinnert an Occupation auf der Jagd und im Kriege und an die Zeit, wo die Italiker noch im Nomadenstand verharrten. Das Anfassen, offenbar nicht auf Immobilien, sondern auf Mobilien berechnet, entspricht der Art nomadischen Besitzthums; das Entgelt mag damals ausschließlich in Vieh bestanden haben. Seit der Seßhaftwerdung der Stämme aber vollzieht sich in natürlicher Entwicklung der doppelte Schritt, daß der Erwerbsritus auf Grundstücke (*agri, fundi*) erstreckt und Erz und Wage angewendet werden. So mag die *mancipatio* im

1) Vergl. unten Exc. über die nachclassische Zeit des römischen Rechts im III. Theil.

2) *Mancipium* ist 1) der Akt (= *mancipatio*), 2) der dadurch bewirkte Zustand (*in mancipio esse*) und 3) das Objekt (*res mancipi* — *mancipium* = *servus*).

3) „Es ist der Geist, der sich den Körper baut". Dieses Dichterwort ist auch hier zu beachten; es enthüllt uns ein Grundgesetz im Reiche des (organischen) Lebens.

4) s. Excurse S. 104.

ältesten Rom aufgetreten seyn, wo doch wohl auch die Fünfzahl der Zeugen festgestellt wurde.

III. Dieser Gedanke und dieser Ritus nun haben der italischen Verkehrsanschauung so entsprochen, daß die Mancipatio sich die mannichfachste Anwendung gefallen lassen mußte. Wir treffen sie demgemäß im römischen Privatrechtssystem fast allenthalben. Sie fand noch Anwendung 1) auf freie Gewaltuntergebene, welche vom Hausherrn in fremde Gewalt (*manus* und *mancipii causa,* bez. *patria potestas*) durch *coemtio, mancipatio* (z. B. *noxae causa*) oder *datio in adoptionem* gebracht werden sollten; 2) auf selbständige Römer und Römerinnen, welche sich durch freien Entschluß in Schuldverhältniß (*nexum*) oder *manus* begeben wollten; 3) auf selbständige Römer, welche im Hinblick auf den bevorstehenden Tod, um das Schicksal ihrer *familia* (*pecuniaque*) zu ordnen, dieselbe einem Vertrauten[1] als *familiae emtor,* käuflich überließen, d. h. anvertrauten (*testamentum, familiae emtor*).

Die große Verschiedenartigkeit dieser Anwendungen auf das Personengebiet zeigt sich *a*) in der Verschiedenartigkeit der Rechtswirkungen: *manus, mancipii causa, nexum, testamentum; b*) in der Unterscheidung, daß sie bald Selbstzweck (*manus, noxa*), bald Mittel zum Zweck war, und zwar letzteres in doppelter Richtung, *α*) bei der *datio in adoptionem* und *emancipatio,* wo durch die *mancipatio* die schließliche *in jure cessio,* bez. *manumissio* vorbereitet wurde, *β*) beim *nexum* und *testamentum per aes et libram,* wo eigentlich ein Darlehn, bez. eine Erbregulirung beabsichtigt wurde.

*Nexum* und *testamentum* treten, indem bei ihnen allerdings (wenigstens ursprünglich) formell der Verkauf wirklich gewollt wird, aber sachlich ein anderes und besonderes Rechtsverhältniß dadurch erreicht werden soll, dann ganz aus dem Rahmen der Mancipatio heraus, gehen ihre eigenen geschichtlichen Wege und werden nicht mehr unter Mancipatio mitbegriffen.

IV. Daneben oder auch in Verbindung mit der angedeuteten Entwickelung geht eine weitere Expansion des Mancipationstypus her, welche darin besteht, daß der Kaufgedanke nur formell beibehalten und die Mancipatio dadurch zu einem abstrakten Veräußerungs- (und Verpflichtungs-) Akt generalisirt wird. Indem hier aus dem Preis ein Scheinpreis, aus dem Naturakt ein Kunstakt wird, trennt sich gewissermaßen der Ritus vom Gedanken, der Leib von der Seele, und wandelt nun allein durchs Leben, als *emtio venditio imaginaria* mit einem *dicis causa* beibehaltenen *pretium.* So bei der *emancipatio, coemtio, datio in adoptionem, familiae emtio,* und wohl zuweilen auch beim *nexum.* Dem Leibe fehlt nicht eine Seele, aber die Correspondabilität beider fehlt, — es ist Etwas anderes ausgedrückt, als gedacht ist. Unter diesem Gesichtspunkt muß die Frage aufgeworfen werden, ob die Mancipation von vornherein oder erst nachträglich als *imaginaria emtio* gedacht und entstanden war; freilich ist unter diesem Gesichtspunkt zugleich die Antwort auf die Frage an die Hand gegeben.

Ein besonderes Moment ist in dieser Entwickelungslinie noch dies, daß vielfach auch der Gedanke wirklicher, oder endgiltiger oder dauernder Entäußerung wegfiel, so daß die Mancipation nur eine vorübergehende Wirkung haben und dann das frühere Rechtsverhältniß wieder eintreten sollte. Dies war, was das Personengebiet anlangt, zunächst bei der Mancipation behufs Emancipation und bei der *coëmtio fiduciae causa* der Fall; aber auch das

1) *amicus* (sagt Gai. 2, 102), d. h. Verwandten, Mitglied des Familienraths, also dem Bruder oder Onkel oder erwachsenen emancipirten Sohne (?).

*nexum* läuft im Grunde auf diese Vorstellung hinaus, denn es bezweckt nicht dauernde Unterwerfung und Schuldknechtschaft, sondern begründet nur *quasi captivitas* mit Aussicht auf *quasipostliminium*. Im Sachengebiet aber gehört die *rerum mancipatio sub fiducia* hieher.

*B.* Mit dem *sub IV*) Gesagten hangen zwei besonders in neuester Zeit behandelte Streitfragen zusammen:

1. Ist die Mancipation ihrer ursprünglichen Bedeutung nach als reelles Kaufgeschäft (Waare und Preis, Zug um Zug) zu denken oder aber anzunehmen, daß sie von vorn herein als abstraktes Veräußerungsgeschäft und der Preis also als Scheinpreis gemeint und organisirt gewesen? Aus dem, was von mir oben (*sub A.* I. u. II.) auseinandergesetzt wurde, ergibt sich, daß ich das Erstere für das Richtige halte. Es ist doch so natürlich und wahrscheinlich, daß der einfache, am Sinnlichen und Concreten anknüpfende Rechtssinn mit dem Realkauf anhub und erst im Verlauf der Verkehrsentwickelung generalisirte, abstrahirte und künstliche Anwendungen erfand und wagte! Es ist doch so unnatürlich und unwahrscheinlich, daß von vorn herein die ganze Manipulation des Kaufgeschäfts als eine Maske oder ein Mantel behandelt worden wäre, in einer Zeit, wo der wirkliche Kauf eine neue und bedeutsame Stufe der Verkehrsentwickelung darstellte! Unmöglich konnte der Rechtssinn da dem Kauf schon so frei gegenüberstehen, daß er ihn wie eine Form den verschiedenen Geschäften aus- und angezogen hätte! Nirgends hat wohl eine Rechtsentwickelung mit einem *dicis causa gestum* begonnen! Die Nachahmung und Copie setzt ein Urbild, der Schein und Schatten ein Wirkliches und einen Körper voraus. Dies ist so wahr und so unausweichlich, daß auch bei Huschke[1] und Ihering[2], obschon verdunkelt, jene Annahme immer wieder zum Durchbruch kommt. Wie der Uebergang vom Realkauf zum Scheinkauf vor sich gegangen sei, läßt sich höchstens vermuthen, nicht beweisen. Es liegt nahe, die Entwickelung des Wechselgeschäfts (*cambium*) im Mittelalter als Parallele anzuführen. Wie da erst Baartausch von Geldsorten Zug um Zug, dann Kauf einer *pecunia absens* (Wechselsumme) um den Preis einer *pecunia praesens* (Valuta) stattfand, weiterhin das Recht auf die (an entferntem Orte zu zahlende) Wechselsumme gegen creditirten Preis, also augenblicklich fingirte Valuta zugelassen ward, und endlich im Wechselbrief zwar immer noch die Valuta (*dicis causa*) aufgeführt, aber der Wechsel als abstraktes Summenversprechen und abstrakter Obligirungsakt behandelt und benutzt ward[3]: so mag auch bei der römischen Mancipatio der Preis, welcher ursprünglich immer Zug um Zug geleistet wurde, dann oft auch creditirt und nur zum Schein sofort geleistet, und später oft überhaupt — z. B. Schenkungs- oder Verpfändungswegen — von jedem reellen Preis abstrahirt und so die Mancipation schlechthin generalisirt worden seyn; der Kreditkauf hätte demnach den Uebergang vom Real- zum Scheinkauf gebildet.

Neben dem *aes* (Erzstück, *rauduscuhum*), welches zur Wage gehört, wird mehrfach auch *sestertius nummus unus* genannt, und Huschke hat gezeigt[4], daß jenes und dieser nicht identisch sind; das Erzstück ist Theil der Solennität und *pretii loco*, der Silbersesterz ist unsolennes Hinzukommniß

1) Recht des Nexum S. 26 ff. — 2) Geist II. S. 540 ff.
3) Vergl. Kuntze Deutsches Wechselrecht (1862) S. 127. 159. 176. 279 ff.
4) Huschke *Flavii Syntrophi Instrum. donationis* (1838) *p.* 40 *sq.* Dazu Rudorff Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. X. (1839) S. 118; Mommsen Gesch. d. röm. Münzwes. S. 303; Leist Mancip. und Eigenthumstrad. (1865) S. 159 ff. Ihering Geist II. § 46. S. 548. Bechmann d. Kauf. I. (1876) S. 213 ff., welcher den *nummus unus* mit der Gewährspflichtfrage in Verbindung bringt.

und soll vielleicht ausdrücken, daß kein wirklicher Werthsaustausch oder Kauf (auch nicht mit creditirtem oder durch Surrogat ersetztem Preis), sondern Schenkung oder Verpfändung gemeint sei. Das *aes* wird wirklich hingegeben, der *sestertius* nur genannt. Vielleicht gehört die Entstehung dieser Mancipation mit doppeltem (Schein- und Nominal- oder besser: Solennitäts- und Simulations-) Preis gleichfalls der Uebergangsstufe vom Real- zum Scheinkauf an. Wie Leist[1] sich diese Uebergangsstufe denkt, erhellt nicht deutlich aus seinen Auseinandersetzungen; Degenkolb[2] hat sich für —, Pernice[3], sowie Bechmann[4] gegen die Ursprünglichkeit der Mancipatio als Scheinkauf erklärt.

2. Wie ist der Zusatz des Fiduciarelements zur Mancipatio zu denken, wodurch der Veräußerer sich den künftigen (eventuellen) Rückerwerb des Objekts sicherte? Huschke[5] u. A. denken ihn sich als Bestandtheil der Mancipatio, wo er in dem als *nuncupatio* bezeichneten Theile derselben seinen Platz gefunden habe. Allein das ist schon an sich bei der structiven (obligatorische Beimischung ausschließenden) Einfachheit des Mancipationsrituals wenig glaubhaft, und wird namentlich durch das *pactum conventum inter Damam et Bajanum* in der spanischen Fiduciartafel[6] widerlegt. Ausführlich ist von Bechmann[7] dargelegt, daß die Gewährspflicht des Veräußerers, die allerdings durch nominelle Einschaltung des *sestertius nummus unus* abgewendet wurde, nicht durch eine besondere Verpflichtungserklärung des Veräußerers, sondern durch das einfache Ritual der Mancipatio (*ajo hanc rem meam esse* — unter Zustimmung des Veräußerers) begründet, überhaupt eine besondere Nuncupation des einen oder anderen Theils nicht vollzogen, auch kein anderer Zusatz in das Mancipationsritual, als wodurch die Gewährschaftspflicht modificirt ward, aufgenommen, und die fiduciarische Intention in einem besonderen Nebenvertrag formulirt worden sei[8]; das *testamentum per aes et libram* sei das einzige Rechtsgeschäft, bei welchem eine neben der Mancipation einhergehende, übrigens hier vom andern Theil gesprochene, Nuncupation quellenmäßig beglaubigt sei[9]; das der Mancipatio beigefügte *pactum fiduciae* aber habe nach *jus strictum* keine andere Wirkung gehabt, als die, daß dem Veräußerer Aussicht auf die begünstigte *usureceptio* begründet wurde, wozu dann im System der *bona fides* ein Klagschutz sich gesellte[10], der (wie auf Grund eines Realcontracts) als *actio directa* und *contraria* ausgebildet wurde. —

Minder wichtig sind zwei andere der alten Geschäftstechnik angehörige Fragen, die insofern ein allgemeineres Interesse haben, als sie einen Einblick in die inneren Gesetze der Construction verlangen und gewähren, und daher in neuerer Zeit mit Recht gründlicher erörtert werden. 1. Was bedeutet die Zuziehung der Zeugen? Zunächst müssen wir darauf ja wohl antworten:

---

1) a. a. O. S. 43. 129 ff. 160. Dazu Bechmann a. a. O. S. 62—68.
2) Ueb. e. *pactum fiduciae* i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. IX. (1870) S. 131.
3) Labeo S. 320. — 4) a. a. O. S. 68—78.
5) Nexum S. 76. 117; Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XIV. S. 246. Aehnlich Rudorff ebendas. XI. S. 56 ff. und XIII. S. 183.
6) s. Zeitschr. f. Rechtsgesch. IX. S. 119.
7) d. Kauf I. S. 109 ff. 234 ff. 264. 284 ff.
8) Dieses Letztere ist auch schon (im Einzelnen abweichend) von Ihering Geist II. § 46. (S. 531. 549), Ubbelohde Z. Gesch. d. benannten Realcontr. S. 45 ff., Bekker Aktionen I. S. 36. 125, Pernice Labeo I. S. 424. 479 ff. und Degenkolb a. a. O. S. 172 ff. ausgesprochen.
9) Bechmann Kauf I. S. 295. Fortgesetzte Ueberlegung dieser Ansicht überzeugt mich immer mehr von ihrer Richtigkeit. Hierdurch würde sich meine Aufstellung im Cursus § 134. einigermassen modificiren.
10) Vergl. Degenkolb a. a. O. S. 178.

sie sollen den Akt solennisiren, d. h. nicht: zu einem autoritativen, amtlichen machen, denn das Geschäft ist und bleibt ein Privatgeschäft (*inter amicos*), und darum ist das Geschäft weder mit Huschke[1] ein „publicistisches" im eminenten Sinne, noch mit Bechmann[2] ein unter unmittelbarer öffentlicher „Autorität" abgeschlossenes zu nennen; sondern die Zeugen sollen den Akt nur constatiren und notorisch machen, bez. die Betheiligten an die Wichtigkeit der Handlung erinnern. Sodann müssen wir antworten: die Zeugenzuziehung gilt dem ganzen Akte, also zunächst nicht etwa einem einzelnen Bestandtheil desselben, denn die Zeugenaufrufung geschieht am Schluß des Aktes[3]; indeß liegt die Vermuthung nahe, daß, da zwei Solennitätsmomente, Assistenz von Zeugen und Libripens, vorhanden sind, jedem derselben eine vorzugsweise Function zugetheilt zu denken ist. Dann aber scheint sich die vorzügliche Beziehung der Zeugen auf das erstere Stück der Handlung (*ajo meum esse,* Anfassung) zu empfehlen, so daß die Zeugen nicht mit Huschke auf den Preis, sondern mit Bechmann auf die Waare zu beziehen sind: sie constatiren die Uebereinstimmung der Contrahenten über das Kaufobjekt. Was soll nun der sechste Römer, der Libripens, dabei? Seine Mitwirkung, meint Huschke[4], mache das Erz zu Geld im staatlichen Sinne. Das halte ich für unrichtig, aber nicht darum, weil der Staat bei der Geldherstellung nicht schöpferisch, sondern nur bezeugend thätig sei[5], sondern weil der Libripens so wenig, wie die Zeugen, amtliche Qualität hat und nirgends bezeugt ist, daß seine Wage ein Staatsinstrument sei[6]. So lange ungezeichnete Barren zugewogen werden, gibt es noch kein Geld im juristischen Sinne; die *signatio* und *percussio* hat eben die eminente Bedeutung, daß der Staat in die Wirthschaftssphäre eingreift und Geld schafft, so daß nunmehr die eigentliche Grundlage für den Kaufbegriff gegeben ist, der bis dahin sich juristisch nicht vom Tausch abhebt. Was Geld seyn soll, das müssen in dieser Vorzeit die Contrahenten durch ihre Uebereinstimmung *in concreto* bestimmen, und das kann nicht einem der Zeugen, auch nicht einer der Parteien in die Hand gegeben, sondern muß durch einen besonderen Funktionär vor den Augen der beiden Parteien besorgt werden, deren Gegenwart ihren Consens bedeutet. Die Geldbestimmung und Geldhingabe, welche hier thatsächlich zusammenfällt mit der Preisbestimmung und Preisleistung, macht das *sumere* zum *emere;* mit der Preishingabe vollendet sich der Abschluß des Kaufgeschäfts, und nun (erst) geht, wie die XII Taff. ausdrücklich anerkennen, das Eigenthum an den Käufer über. Der Libripens bereitet also die Perfection (richtiger: den endlichen, bindenden Abschluß) vor. Er handelt für beide Parteien und bewirkt die Präsenz des vereinbarten Preises; daß er als Unparteiischer dazu besonders geeignet ist, haben wir als ein hinzukommendes Zweckmäßigkeitsmoment anzusehen[7].

2. Was bedeutet das Anschlagen an die Wage, welches vom Käufer

---

1) Nexum S. 7. — 2) Kauf I. S. 78. — 3) *arg. Gai.* 2, 104.

4) Nexum S. 7. 19. Aehnlich Karlowa R. Civilproc. S. 35 ff. u. A.

5) Geld im ökonomischen Sinne entsteht allerdings im Wege der Verkehrsanerkennung, aber Geld im rechtlichen Sinne beruht auf staatlicher Autorität. Vergl. Huschke d. Multa S. 15.

6) Anders Danz R. Rechtsgesch. II. § 143. Dass *libripendes* durch die Decurionen ernannt wurden, beweist nichts für *publica auctoritas* eines jeden zugezogenen Libripens; so auch bei unseren heutigen Maklern. Vergl. *Gai.* 1, 114*: praeterea alius ejusdem conditionis* und *Gai.* 2, 107*: et is testium numero est.*

7) Das Zweckmässigkeitsmoment spielt in der juristischen Construction nur eine secundäre Rolle (vergl. oben Exc. S. 5.). Dass die Zeugen den Akt notorisch machen und die Uebereinstimmung der Parteien über die Sache constatiren, ist das struktive —, dass sie an die Wichtigkeit der Handlung erinnern, ist das Nützlichkeitsmoment; ebenso ist, dass der Libripens die Preispräsenz vermittelt, das struktive —, dass er Unparteiischer ist, das Nützlichkeitsmoment.

vorgenommen wird? Gewiß nicht eine Prüfung des Metalls, was ein gar zu triviales Nützlichkeitsmoment in der straffen Textur des Aktes wäre[1], sondern vielmehr den Ausdruck des Gedankens, daß das Erz hier als *pretium* (oder *pretii loco*) in Betracht komme, was ehedem durch Auflegen auf die Wage, d. h. durch Zuwägung, später durch bloße Berührung der Wage, kurz durch Verbindung von *aes* und *libra* dargestellt wurde. Dies ist (zwar nicht Perfectionsymptom selbst, aber) eine Vorbedingung des Abschlusses, welcher dann durch Hingabe und Annahme des *aes* vollendet wird. Daß jenes Anschlagen durch den Käufer geschieht, sagt Gaius ausdrücklich[2]; wenn, wie es nach Varro (*de L. L. 5, 163*) scheint, ursprünglich eine besondere Aufforderung dazu vorausging, so mag dieselbe vom Libripens ausgegangen seyn, welcher ja zu dem Behufe hinzugezogen ward, damit er die Preisfrage technisch in Ordnung stelle. Von Manchen wird jedoch jede solche Aufforderung (als Bestandtheil des Rituals) überhaupt in Frage gestellt[3].

## II.

## Die *stipulatio.*

*A.* Unter sämmtlichen solennen Geschäften des Alltagsverkehrs läßt sich an allgemeiner Anwendung und dauernder Popularität bei den Römern nur die *stipulatio* mit der *mancipatio* vergleichen. Freilich, die letztere ist weit älter, als die erstere, denn die Stipulation ist sicherlich erst nach den XII Taff. entstanden; die Mancipation stellt sich als eine reiche dramatische Operation dar und ist eine entwickelte Scene, während die Stipulation in einer auf knappe Frage und Antwort reducirten Gestalt auftritt. Dennoch steht die Stipulation an juristischem Interesse nicht hinter der Mancipation zurück, denn 1) sie ist ebenso ausdrucksvoll und plastisch wie diese: wie bei der Mancipation, so hat auch bei der Stipulation der Erwerbende die Initiative und die entscheidenden Worte zu sprechen, und wie bei jener der Disponent durch Annahme des *aes* den Abschluß vollendet, so bei dieser der Promittent durch Aussprechung der congruenten Antwort; in beiden Fällen ist das Stadium des endlichen Abschlusses auf einen für das Auge oder das Ohr unzweideutigen Moment comprimirt, was von hoher praktischer Wichtigkeit ist. 2) Was der Stipulation an scenischer Fülle gebricht, ersetzt sie durch ihren Reichthum historischer Perspektiven: da ihre erste Anerkennung in geschichtliche Zeit fallen muß, so fühlt man sich gedrängt, den über ihre Genesis gebreiteten Schleier zu lüften, und von der ältesten feierlichen Sponsio an bis zu den letzten Resten der Verbalfigur in der nachclassischen Zeit (unter Leo und Justinian) gibt die Stipulation dem construirenden Juristen immer von Neuem zu denken.

v. Savigny[4] meinte, die Stipulation aus dem alten *nexum,* d. h. aus der dazu gehörigen Nuncupation ableiten zu können; auf diese Conjectur aber wird jetzt schwerlich Jemand mehr zurückgreifen, seitdem die gänzliche Verschiedenheit in der Struktur beider Rechtsgeschäfte besser erkannt ist[5]. Näher liegt die Verwandtschaft der *stipulatio* mit der *sponsio;* wissen wir doch, daß

1) s. gegen diese Iheringsche Hypothese Kuntze i. Schletters Jahrbb. V. S. 214. Vergl. auch Zöpfl Alterth. d. deut. Reichs und Rechts III. (1861) S. 321; Mommsen Röm. Staatsr. II. (2. *ed.*) S. 321; Bechmann Kauf I. S. 91.

2) *Gai.* 1, 119; 2, 104.

3) Huschke Zeitschr. f. Rechtsgesch. VI. S. 330; Bechmann Kauf I. S. 92. Anders Karlowa R. Civilproc. S. 99. Anm. 1.

4) D. altröm. Schuldrecht, l. d. Verm. Schriften II. S. 410 und System V. S. 538.

5) Einseitigkeit des Verbalritus beim Nexum, Zweiseitigkeit des Stipulationsritus.

die Sponsio später in der Stipulatio unter- und aufging. Es fragt sich aber, ob die eine in ganz einfacher Entwickelung aus der anderen hervorging, m. a. W. ob die Stipulatio schlechterdings bloß die ihres sacralen Ritus entkleidete Sponsio war. War dieser Ritus wie ein Kleid abstreifbar, oder nicht vielmehr einem Leib vergleichbar, der nur durch organische Umschaffung und von einem neuen Ausgangspunkt aus zu erneuern war? Wer die innere Bedeutung der altrömischen Geschäftstechnik kennt, wird das Letztere für das Wahrscheinlichere halten, und also nach dem geschichtlichen Kern fragen, aus welchem die Stipulation erwachsen ist. Ganz einfach aus der Sponsio kann schon deßhalb die jüngere Schwester nicht hervorgegangen seyn, weil die Sponsio nach dem Schuldner, die Stipulatio nach dem Gläubiger benannt ist, und weil die Sponsio specifisch römisch blieb, die Stipulatio aber in die Region des *jus gentium* hinüberreichte und den Peregrinen zugänglich war.

Man hat, um die Genesis der Stipulatio zu ergründen, zur Etymologie seine Zuflucht genommen[1], und bald am Getreidegeschäft und an der *stipula* (Halm)[2], bald an der Bedeutung von Geld, welche mit *stips* oft verbunden wurde[3] und auf die ursprüngliche Beschränkung der Stipulation auf Geld hinzuweisen scheint, bald an dem Worte *stipulum*, welches gleichbedeutend mit *firmum* sei[4], angeknüpft. Endlich ist auch die Vermuthung zu begründen gesucht worden, daß die Stipulation ein aus Latium nach Rom importirtes Institut sei[5], ihre Einführung mit der Ausdehnung der römischen Herrschaft über Mittelitalien zusammenhange und speciell in die Zeit treuer und enger Verbündung Latium's mit Rom (443—389 v. Chr.) falle, und daß das neue Rechtsgeschäft in der *condictio ex lege Silia et Calpurnia* zur rechtlichen Anerkennung gelangt sei.

Vielleicht ist keine der sämmtlichen Andeutungen und Hypothesen schlechthin zu verwerfen. In der Savignyschen Ableitung aus dem *nexum* liegt die Wahrheit, daß seit Schwächung des Nexum durch die *lex Poetelia* dieses Rechtsgeschäft nunmehr undankbar und lästig schien und durch ein leichteres Geschäft ersetzt werden mußte; wir können uns denken, daß neben *mutuum*[6] und *expensilatio* namentlich für den Verkehr *inter praesentes* nun die Verbalfigur der Stipulation zur Geltung gelangte. An der Ableitung der Stipulation aus der sacralen *sponsio* mag das Wahre seyn, daß das *verbis praeire* und *verba sequi* im Eidesritual das Vorbild für die stipulatorische Frage und Antwort (Zweiseitigkeit des Rituals) abgab; ich möchte in diesem Zusammenhange namentlich an die Destruction des Herculescults durch Appius Claudius (312) erinnern, welche die *sponsio ad aram maximam* in der Volksanschauung degradirte und auch die Patricier zum Gebrauch der profanen Stipulatio geneigter machen mochte. Auch die Hypothese vom Zusammenhange Roms mit außerrömischen Gebieten und Völkern möchte nicht

1) Vergl. Liebe d. Stipulation (1840) S. 17.

2) Hingabe der Aehre an den Schuldner als Bild des geschuldeten Getreides: Huschke Verf. d. Serv. Tull. S. 133 und Nexum S. 100. *Isidor. Orig.* 5, 24. § 30: *Veteres quando sibi aliquid promittebant, stipulam tenentes frangebant, quam iterum jungentes sponsiones suas agnoscebant.* Dazu v. Savigny Gesch. d. R. R. i. Mitt. II. S. 229 und Grimm Deut. Rechtsalterth. S. 121. 129.

3) *Varro de L. L.* 5, 182: *Aes quoque stipem dicebant, nam quod asses librales pondo erant, qui acceperant majorem numerum, non in arca ponebant, sed in aliqua cella stipabant, id est componebant, quo minus loci occuparet; ab stipando stipem dicere coeperant.* Dazu *Fest. Stipem* und *Paul. Diac. Stipem.* v. Savigny System V. S. 538.

4) Diese von Paulus (*S. R.* 5, 7. § 1) gemachte Bemerkung hat in alter (*pr J. de verb. o.* 3, 15 und *Theophil. ad h. l.*) und neuer Zeit am meisten Glück gemacht; sie hat doctrinäres Gepräge. Ihering (Geist II. § 46. Anm. 646) sucht ihr einen sinnlich concreten Kern zu geben. Vergl. Zöpfl Heidelb. Jahrbb. 1858. 2. Hälfte, S. 198.

5) Voigt *Jus naturale* II. S. 228 ff. IV. S. 434 ff. Ueb. d. *condictio ob causam* S. 258 ff.

6) Vergl. Karlowa R. Civilproc. S. 39.

ganz von der Hand zu weisen seyn, denn das Freie und ich möchte sagen, Moderne des rein verbalen Stipulationsaktes macht den Eindruck, daß, wie bei *expensilatio* und *mutuum,* so auch bei *stipulatio* das römische Herkommen (dramatischen Rituals) verlassen wurde. Auch v. Savigny deutet nebenbei auf die Möglichkeit peregrinischen Zusammenhangs hin[1].

*B.* Immer aber kommen wir auf die Frage, wo der historische Ausgangspunkt der Stipulatio zu suchen sei, und natürlicher Weise auf das Stammwort *stips* zurück. Eine einfache Importation von Außen anzunehmen, empfiehlt sich wenig: ein so populäres Institut, wie die Stipulatio, muß römischen Ursprungs seyn und darf nicht in Gegensatz zu Rom gestellt werden; Rom und Latium bilden auch gar nicht einen solchen Gegensatz des Rechtslebens, daß von einer Importation die Rede seyn könnte. Aber wohl mögen peregrinische Einflüsse thätig gewesen seyn, die römische Schöpfung herbeizuführen: nur so erklärt sich die Verknüpfung der Stipulatio mit dem *jus gentium*[2]. Ich meine, daß folgende Erscheinung, die hauptsächlich dem 4. Jahrhundert v. Chr. angehört, hier vor Allem in Betracht zu ziehen ist.

Zu den ältesten und angesehensten Priestercollegien Rom's gehörten die auf Acca Larentia oder Romulus selbst zurückgeführten 12 *Fratres Arvales,* welche alljährlich ein großes Opfer (*sacra publica*) für die Fruchtbarkeit der Felder (*ut fruges ferant arva*) darzubringen hatten und dabei einen Aehrenkranz (*spicea corona*) trugen[3]; unter den Feldfrüchten, die sie zu berühren hatten, mußten auch frische Aehren seyn; freie Opferbeiträge (eine Art Collekte, *stips* genannt, bestehend in Feldfrüchten) wurden bei dem Publikum erhoben und durch zwei von *servi publici* begleitete Mitglieder eingesammelt[4]. *Stips* oder *stipes* ist die eigentliche Bezeichnung für solche freie Gaben und Beiträge zu Cultuszwecken oder Ehrenbezeigungen. *Stipes* wurden in heilige Quellen, Flüsse und Seen geworfen[5], beim Besuche der Tempel zum Besten des Heiligthums geweiht, auch wohl auf Magistratsbefehl bei den feierlichen Spielen durch die *Xviri sacris faciundis* eingesammelt. Letzteres berichtet Livius (25, 12) von den *Apollinares ludi;* doch bedurften die Staatskulte, zu denen der Apollokult gehörte, eigentlich der *stipis collatio* nicht, weil sie von Staatswegen mit Grundbesitzrenten dotirt waren. Dagegen waren „fast alle *sacra peregrina,* deren Zahl in Rom sich fortwährend mehrte[6], auf Beiträge der Sodales oder Beiträge des Publikums angewiesen". *Stips Dianae, Herculis, Cereris et Proserpinae* wird erwähnt; besonders den Priestern der *Mater Magna* und später auch der *Isis* war das *stipem cogere* gestattet. Außer den Sodalicien, welchen der Staat selbst die Ausübung neu eingeführter Culte übertrug, gab es in Rom noch eine große Anzahl von Culten, welche

1) v. Savigny System V. S. 539: „Es ist möglich, dass schon vor der *lex Poetelia* die eben beschriebene Umbildung der *nexi obligatio* in die Stipulation, zum Gebrauch der Peregrinen in Rom, vorgenommen wurde. War dieses der Fall, so hatte die *lex Poetelia*, indem sie für die Römer die *nexi obligatio* aufhob, bloss die Folge, dass die bisher von den Peregrinen angewendete freiere Geschäftsform nun auch von den Römern angenommen wurde".

2) Mommsen (R. Gesch. I. S. 146) und Voigt *Jus naturale* II. S. 646. bringen das *mutuum* mit dem Fremdenverkehr in Zusammenhang, womit Varro's Verweisung auf das Sicilische stimmt (*de L. L.* 5, 139: *mutuum, quod Siculi* μοῖτον). Aehnlich leitet Varro (5, 182) *stips* aus dem Griechischen ab: *ab* στοιβῇ *fortasse, Graeco verbo.* Bei beiden haben wir zunächst nicht an den grossen Handelsverkehr, sondern an Lokalverkehr zu denken. Vergl. Demelius i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. II. S. 219 und Karlowa R. Civilproc. S. 39.

3) *Varro de L. L.* 5, 85; *Gell.* 7, 7; *Plin. H. N.* 17, 2. § 6.

4) *Senec. Ep.* 115; *Jus Papirianum* bei *Macrob. Saturn.* 3, 11. § 5. Becker-Marquardt Alterth. IV. S. 407—415.

5) *Plin. Ep.* 8, 8. § 2.

6) besonders seit dem 4. Jahrh. v. Chr.

durch freiwillig gebildete Vereine unterhalten wurden, und dies war namentlich die Art, wie fremde Culte in Rom ansässig wurden"[1].

Die *stips*, welche bei den Arvalopfern in Getreide bestand, ging bei den peregrinischen Culten sehr natürlich in Geldspenden und Geldbeiträge über, welche von den Vorstehern eingezogen wurden; daher unter *stips* auch Geld (Geldbeitrag) geradezu verstanden wurde. Die Vereine hatten ihre *arca*, und wenn eine solche nicht zureichte, richteten sie eine *cella* (Schatzkammer) ein. Wie nahe lag es endlich, die Collationen auch im Wege bindender Zusagen für periodische[2] Leistung zu gewinnen, und die Cultgenossen mögen dazu veranlaßt worden seyn. Dies scheint mir die rechtsgeschichtliche Wurzel der *stipulatio*. Sie war nicht sacrale *sponsio*, sondern kurze Frage und Antwort, aber ursprünglich zu sacralen Zwecken. *Stipulatio* ist *stipis coactio*[3]. Mit dieser Ableitung stimmt vollkommen diejenige Stelle überein, welche am genauesten und concretesten auf die Frage der Herkunft des Wortes *stipulari* eingeht, und aus welcher zugleich zu entnehmen ist, daß die Bedeutung von *stips* = Geld nicht die ursprüngliche, sondern aus der Bedeutung Beitrag, Gabe hervorgegangen ist: *Hoc ipsum stipendium ab stipe dictum, quod aes quoque stipem dicebant; nam quod asses librales pondo erant, qui acceperant majorem numerum, non in arca ponebant, sed in aliqua cella stipabant, id est componebant, quo minus loci occuparet; ab stipando stipem dicere coeperant. Stips ab* στοιβή *fortasse, Graeco verbo. Id apparet, quod, ut tum institutum, etiam nunc diis cum thesauris asses dant, stipem dicunt, et qui pecuniam alligat, stipulari et restipulari.* Neben dieser Varronischen Stelle (*de L. L. 5, 182*) können die kurzen Angaben späterer Antiquare kaum ins Gewicht fallen, und es ist leicht einzusehen, daß von jenem Punkte aus die Sitte, in kurzer Frage und Antwort Zusagen von Geldsummen entgegen zu nehmen, sehr bald in alle Kreise überging, und nicht bloß Peregrinen, sondern auch Römer diese Sitte, und dann nicht bloß bei Cultusspenden, sondern auch zu anderen Zwecken beobachteten. Die plastische und compresse Ausprägung der *verborum figura* war eine Arbeit des römischen Rechtssinns, aber der Zusammenhang mit peregrinischer Sitte blieb der *stipulatio*, welche — abgesehen von der Sponsionsformel — den Peregrinen zugänglich war.

Die Frage ist übrig, ob die schließliche Anerkennung im System römischer Rechtsgeschäfte durch eine *lex publica* geordnet und entschieden wurde. Wir müssen annehmen, daß ohne solche *lex* keine *legis actio* dem *stipulator* zu Gebote gestanden hätte, und schließen uns der Vermuthung[4] an, daß die *lex Silia*, welche eine neue und einfachere *legis actio* einführte, zugleich die *stipulatio* anerkannte und eben für diese ganz besonders das neue Verfahren — eine einfachere *legis actio* für eine einfachere Geschäftsfigur — bestimmte.

---

1) Becker-Marquardt a. a. O. S. 156—159.
2) z. B. *stips menstrua:* Becker-Marq. S. 154.
3) Getreidespende — Geldspende — Geldzusage: dies die drei Stufen der *stipulatio*. Wegen des Uebergangs von der Tradition zur Promission darf vielleicht auf das Processsacrament verwiesen werden, welches ursprünglich reell hinterlegt (*Varro de L. L.* 5, 180), später nur versprochen wurde (*Gai.* 4, 13).
4) Puchta Curs. d. Inst. § 162. 273. Voigt, *Jus naturale* II. S. 239—244. IV. S. 402. Karlowa Civilpr. S. 236.

## III.

## Die *expensilatio.*

Ein gänzlich anderes Gepräge, als die Stipulatio, trägt die *expensilatio,* deren Entstehung und erste Anwendung in Rom wohl gleichfalls noch dieser Periode angehört. Doch mag sie erst im Ausgange derselben entstanden, und diese Entstehung eine Reception von Außen her gewesen seyn. Nur müssen wir dabei im Auge behalten, daß die Expensilatio, auf römischen Boden verpflanzt, römisches Produkt, d. h. Ausdruck römischer Gedanken geworden ist. Römisch ist der Gedanke, daß der Gläubiger den eigentlichen, die Obligation begründenden Akt vorzunehmen und der Schuldner nur seinen einfachen Consens dazu zu geben hat, und römisch ist der Gedanke, daß die Skriptursolennität nicht bestimmt ist, ein Beweismittel zu schaffen, sondern einen Obligirungsritus zu constituiren[1]. Unter diesen Voraussetzungen schließt sich die Expensilatio an die veraltete Form des *nexum* an, bei welchem gleichfalls der Gläubiger den entscheidenden Ritus zu vollziehen hatte, und die Zeugen nicht Beweis-, sondern Solennitätszeugen waren. Die Expensilatio scheint sich zum Nexum gerade so zu verhalten, wie die Stipulatio zur alten Sponsio, auch darin, daß jene beiden für Bedingungen unzugänglich waren (*Vat. fr. § 329*), während Sponsio und Stipulatio solche Modalitäten zuließen.

Wenn aber auch die Form römisch war, so bleibt doch wahr, daß das Geschäft eigentlich ein peregrinisches, ja ein internationales war; in der Expensilatio liegt die erste mächtige Erweiterung des im *jus strictum* geschaffenen Rahmens, der keine Geschäfte *inter absentes* zuließ. Das Erforderniß der Präsenz der Contrahenten ist hier beseitigt, die Römer haben ein Medium, welches in die Ferne wirkt, angenommen, die Expensilatio mit dem einfachen Consens des Schuldners ist die Vorstufe der Consensual- und Realcontracte. Es ist nicht, wie bei dem *testamentum per aes et libram,* wo die schriftliche Abfassung nur nebenher eindringt und noch lange die gesprochene Formel der constituirende Faktor bleibt, sondern die ganze Solennität besteht in *literarum proprietas.* Diese Art Solennität ist etwas ganz neues und setzt das Eindringen der Schreibkunst in den Verkehr voraus, und wenn es wahr ist, daß die Expensilatio mit dem Argentarienwesen zusammen Eingang in Rom fand, so stellt sich in ihr auch ein Gegensatz zum *nexum* dar, wie der zwischen Silber- und Kupfergeld (-Währung).

Alles das spricht dafür, daß die Genesis der Expensilatio jünger ist, als die der Stipulatio[2]; Voigt[3] hat ausgeführt, daß mit Aufnahme des Argentarienwesens die Buchung der Geldgeschäfte in *codices* über Campanien und Latium nach Rom gekommen und da zu dem besonderen Literalcontract ausgebildet worden sei, auf welchen dann im Wege der Interpretatio die für die Stipulatio gegebene Condictio ausgedehnt wurde.

Wie sich das *mutuum,* offenbar das jüngste unter den dem älteren Condictionsystem angehörigen Rechtsgeschäften, praktisch zur *expensilatio* ver-

---

1) Ersteres deutet Gai. 3, 129. 130. 137 an, indem er als *literarum figura* immer nur das *expensum ferre* seiten des Gläubigers anführt, auch da, wo er die Stipulatio mit dem *promittere* seiten des Schuldners gegenüberstellt; ferner indem er bei der *transscriptio a persona in personam* die Erklärung des Schuldners einfach mit *delegare* bezeichnet und den formlosen Consens mit der *absentia* des andern Theils in Verbindung bringt. Das Andere sagt Gai. 3, 128. 131. 137 ausdrücklich und im Gegensatz zum *nomen arcarium.* Vergl. Kuntze i. Schletters Jahrbb. V (1859) S. 216. 217.

2) so auch Danz R. Rechtsgesch. II. § 151. S. 58.

3) *Jus naturale* II. S. 244—248.

hielt, ist nicht ohne Zweifel und bestritten. Ich sehe keinen Grund ein, warum nicht auch eine Darlehnsschuld hätte expensilirt werden können; Gai. 3, 131 ist nicht dagegen, und Theophilus[1] — freilich in einer unklaren Darstellung — sagt es ausdrücklich. Aber es ist begreiflich, daß, seitdem die *condictio certi ex mutuo* anerkannt war[2], kein Interesse mehr bestand, im Darlehnsfalle eine *condictio certi per codices* zu erlangen.

## XXVI. Kapitel.

### V. Die Privatrechtspflege.

(Zu § 147—167).

#### I.

#### Der altrömische Criminalproceß[3].

Nur für wichtigere Fälle bildete sich ein besonderes gegliedertes Strafverfahren aus; die leichteren (Ungehorsams-) Fälle blieben im *Imperium* der Magistrate beschlossen. Für die Ausübung des *Imperium domesticum* gegen Familienangehörige bestanden gleichfalls besondere Voraussetzungen[4].

Ursprünglich sprach das Volk nur unter Umständen und nur als Appellationsinstanz Recht. Mit der *lex Valeria de provocatione* (509 v. Chr.) waren die Comitialgerichte aus einer Gnadeninstanz zu der ordentlichen Appellationsinstanz in Capitalsachen geworden; da aber weiterhin bei Todesverbrechen die Ueberlassung der ersten Entscheidung an Unterbeamte (*duumviri perduellionis* und *quaestores paricidii*) Sitte ward, so sank diese erste Entscheidung „zu einem Scheinurtheil, der Sache nach zu einer motivirten Anklage herab, und so entstand eine auf Capitalprocesse beschränkte, hier aber gewiß ganz regelmäßige richterliche Competenz der Centuriatcomitien“. Durch die Bestimmung der XII Tafeln, daß *de capite civis Romani* nur in *comitiatu maximo* gerichtet werden dürfe[5], bez. durch die *lex Valeria Horatia* (449) und eine neuere *lex Valeria* (300)[6], ward diese Competenz (theils vielleicht den beginnenden Uebergriffen der Tributcomitien, theils der Magistratur gegenüber) neu gesichert. Magistrate hatten die Initiative und Instruction der Sache, der eigentliche Wahrspruch fiel den Centurien zu, eine Sonderung, die wohl an die civilprocessuale Trennung in *Jus* und *Judicium* erinnert; allein diese Parallele ist nicht ganz zutreffend, da in Criminalsachen der Magistrat das Verfahren formell wirklich in seiner Hand hatte und den Parteien nicht bloß assistirte, sondern die ganze Verhandlung, einschließlich die vor den Comitien selbst, leitete. Seit den XII Tafeln traten auch Volkstribunen als Ankläger auf, und es scheint, daß ihnen sehr bald die Durchführung der politischen Strafprocesse, d. h. die Verfolgung der *perduellio*, als Prärogative ganz zuviel, so daß nun die Quaestoren auf die Verfolgung der gemeinen Capitalsachen beschränkt waren.

Das Verfahren begann mit der *diei dictio* — auch *prima accusatio* genannt — d. h. Vorforderung des Angeschuldigten durch die Duumvirn oder Quaestoren bez. Volkstribunen; der Angeschuldigte befand sich von da im Zu-

1) *ad Tit. J. de lit. obl.* (3, 21).
2) Vergl. Demelius i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. II. S. 220.
3) Im Cursus findet sich nur der Civilprocess (dieser Zeit) dargestellt. Als Folie dazu möge in den Excursen auch eine Uebersicht des Criminalprocesses in den verschiedenen Perioden Platz finden.
4) Rudorff R. R.-Gesch. II. § 99.
5) Vergl. oben Exc. S. 149. 150. — 6) Vergl. Cursus § 103.

stande öffentlicher Anklage (*reus*) und ward entweder in Haft gebracht oder gegen Bürgenstellung (*vades*) auf freiem Fuß gelassen. Die folgende Untersuchung (*anquisitio*), d. h. Ausführung der Anklage durch den Magistrat und Vertheidigung seiten des Angeklagten, geschah in drei aufeinanderfolgenden Terminen (*prodictiones*), welche auch als *secunda, tertia* und *quarta accusatio* bezeichnet wurden; im letzten derselben wurde mit Beobachtung der Frist der *justi triginta dies* der Tag des Volksgerichts angesetzt. Diese drei Anquisitionen wurden in *conciones*, dagegen das Volksurtheil in eigentlichen Comitien ausgeführt. Dem Angeklagten war gestattet, sich durch freiwilliges Exil vor der Urtheilsfällung der drohenden Todesstrafe zu entziehen; ja das Exil ward zur Regel, und seit Manlius (383 v. Chr.) ist kein weiterer Fall einer Vollstreckung der von den Comitien erkannten Todesstrafe überliefert; die Verschärfung des Exils durch *aquae et ignis interdictio* trat gewissermaßen an die Stelle[1].

Auch die Tributcomitien wußten sich allmählich, insbesondere seit dem *plebiscitum Icilium* (492), eine gewisse thatsächliche Competenz in Capitalfällen, nämlich in Fällen einer gegen die Plebs gerichteten *perduellio*, zu erringen. Diese bloß standesrechtliche Gerichtsbarkeit gestaltete sich aber zu einer staatsrechtlichen mit der *lex Aternia Tarpeja* (454), welche, wie es scheint, in Multprocessen (Geldbußen) an die Tributcomitien zu provociren gestattete; auf Verfolgung von Capitalsachen konnten die Tributcomitien wohl verzichten, da die seit der *lex Valeria Horatia* (449) als *magistratus* anerkannten Volkstribunen jede Verletzung ihrer *sacrosancta potestas* als eine *perduellio* gegen den *populus Romanus* vor den Centuriatcomitien verfolgen konnten. Nunmehr waren es die Volkstribunen, welche theils vor den Centuriatcomitien, theils vor den Tributcomitien die Capitalfälle und politischen Processe, und die Aedilen, welche vor den Tributcomitien die Multprocesse betrieben. Auf diese Weise gestaltete sich die Grenzlinie zwischen der Competenz der Tribut- und der Centuriatcomitien praktisch dahin, daß jene im Allgemeinen die leichteren, diese aber die schwereren Straffälle richteten, und es geschah, daß zufolge der zunehmenden Abneigung gegen Todesstrafe die criminelle Thätigkeit der Tributcomitien immer mehr in den Vordergrund trat und zur Regel ward. Dennoch kam es nicht zu einer eigentlichen Ausartung der Volksgerichtsbarkeit, denn immer häufiger ward, namentlich in nichtpolitischen Fällen, die Niedersetzung einer besonderen Commission, *quaestio extraordinaria*, beliebt, wodurch die Untersuchung an außerordentliche *Quaestores* gelangte, welche ohne Provocation aburtheilten. Solche Niedersetzungen wurden insbesondere bei Betheiligung unterthäniger Gemeinden und sonst in verwickelten Untersuchungsfällen vom Senat beschlossen, mußten aber, wofern das *caput* eines *civis* betheiligt war, von den Tributcomitien bestätigt werden, weil dabei das Provocationsrecht alterirt wurde. Durch alles dies war die criminelle Thätigkeit der *quaestores paricidii* überflüssig geworden, so daß der Rest derselben ihnen genommen und auf die *triumviri nocturni* übertragen ward, welche seitdem (289) *triumviri capitales* hießen, aber neben den Aedilen immer nur eine sehr untergeordnete Rolle spielten[2].

1) Vergl. Geib Gesch. des Röm. Criminalproc. S. 114 ff.; Lange Röm. Alterth. II. § 126; Danz Gesch. d. R. R. I. § 41; A. W. Zumpt das Criminalr. der Römer I. 2. S. 143 ff.

2) Vergl. Geib a. a. O. S. 35 ff. 66 ff. Rudorff R. R.-Gesch. II. § 100; Lange a. a. O. I. § 52 a. E. § 86 sub 3. II. § 118 sub 2. § 126 (S. 477) und § 127 (S. 497). Walter Gesch. d. R. R. II. § 830; Zumpt a. a. O. I. 1. S. 78 ff.

## II.

## Die *legis actio sacramento* im Allgemeinen.

*A.* Wie es drei historische Hauptschichten des römischen Privatrechts gibt: das alte *jus civile, jus honorarium* und *jus extraordinarium*, so auch drei entsprechende Formationen des römischen Civilprocesses: die *legis actiones, formulae* und *extraordinariae cognitiones.*

In der ersten Schicht erkennen wir die römische Rechtsanschauung, welche sich im engsten Rahmen der italischen Nationalität hält. Das Auftreten der zweiten Schicht, welche durch die Kraft des *jus gentium* emporgetrieben wird, führt zur Erweiterung jenes Rahmens, doch bleibt die nationale Basis noch gewahrt. Endlich in der dritten Schicht vollzieht sich der völlige Bruch mit den nationalen Traditionen und Grundlagen.

*Legis actio, legitima actio*[1], *actus legitimus*[2] bedeuten wohl ursprünglich dasselbe: jede feierliche Rechtshandlung, welche in rechtlich bestimmter Weise von den Parteien vorzunehmen und mit bestimmten Rechtswirkungen ausgestattet war: hierdurch herausgehoben aus den unbedeutenden, regellosen und bloß freundschaftlichen Vorkommnissen des Alltagslebens und in die Region des *solenne jus*[3] gerückt. Form und Wirkung war entweder gesetzlich vorgeschrieben oder doch in festem (vielleicht an die XII Taff. anknüpfenden) Herkommen begründet[4]. Solche *legis actiones* kamen im Privat-, Staats- und Völkerrecht vor und bezogen sich theils auf Rechtsgeschäfte[5], theils auf Rechtsstreitigkeiten (Civil- und Criminalprocesse). Unter Legisactionenproceß wird jetzt aber nur der älteste Civilproceß verstanden, wie er von Gaius (4, 11—29) kurz geschildert ist.

Unter den von Gaius genannten fünf alten processualen Legisactionen zeichnet sich die *l. a. sacramento* sowohl durch ihr weites Anwendungsgebiet als *actio generalis*[6], wie auch durch ihr späteres Ansehn und die Zähigkeit ihres bis weit in die Kaiserzeit hinein reichenden Bestandes beträchtlich aus. Den übrigen Legisactionen fallen durchaus nur die Nebenrollen zu. Unter ihnen ragt die *l. a. per judicis arbitrive postulationem*[7] insofern hervor, als sie offenbar einen Raum im Verkehrsleben auszufüllen hatte, welcher dem Sacramentsprocesse seiner Natur nach unzugänglich war; Sacramentsproceß und Postulationsproceß (wie ich den zweiten *modus agendi* nennen will) ergänzten einander im Leben; sie sind vielleicht ziemlich gleich alt und sind dauernde Proceßtypen, während die übrigen drei Modi nur ein verhältnißmäßig vorübergehendes Daseyn gehabt haben; die *pignoris capio* war eigentlich nur ein Proceßprivileg; die *manus injectio* als selbständiger Proceßmodus erlosch, ehe der Condictionsproceß aufkam, und dieser, die jüngste der civilen Legisactionen, ging wahrscheinlich sehr bald im Formularproceß auf[8].

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der Karakter des altrömischen Civilprocesses hauptsächlich aus der *l. a. sacramento* zu entnehmen und an ihr zu studiren ist.

*B.* Ein Grundzug des altrömischen Civilprocesses ist sein Vertragskarakter. Ich meine damit nicht das, was mit dem Ausdruck Proceßobligation bezeichnet zu werden pflegt und erst vom Formularproceß ausgesagt

1) *fr.* 2. § 6. *de O. J.* (1, 2). — 2) *fr.* 77. *de R. J.* — 3) *fr.* 27 *eod.*
4) *Gai.* 4, 11. — 5) *Gai.* 2, 25.
6) Wir würden heutzutage sagen: Ordinarprocess. — 7) Vergl. Cursus § 163. 167.
8) Vergl. Cursus § 153. 160—162. 164—166.

werden kann; dessen Annäherung an die Formation obligatorischer Rechtsverhältnisse bezeichnet, wie später auseinanderzusetzen ist, gerade einen Fortschritt über den Proceßtypus der Legisactionen hinaus. Mit Vertragskarakter will ich vielmehr den römischen Gedanken ausdrücken, daß der Proceß ein Handeln der Parteien, wesentlich ein Handeln derselben mit einander[1], im Grunde also ein Rechtsgeschäft der Parteien ist. *Lis est contractus:* so könnte man kurz diesen Gedanken formuliren, welcher bis in die Zeit der classischen Jurisprudenz ein Grundzug der römischen Proceßauffassung geblieben ist; noch Marcell[2] sagt: *sicut in stipulatione contrahitur, ita judicio contrahi.* Aber am strengsten durchgeführt erscheint dieses Princip im ältesten Processe, und statt zu sagen, die *in jure cessio* sei eine Art Streit[3], sollte man lieber ausführen, daß die älteste *actio in rem* der *in jure cessio* verwandt war: nur daß bei dieser der Magistrat nicht ohne Weiteres *rem* (*litem!*), sondern *judicem addicebat.* Unter Mitbürgern gibt es keinen Krieg und Kampf, wie zwischen *hostes;* die Beseitigung eines Conflictes zweier Rechtsüberzeugungen oder Rechtsbehauptungen kann innerhalb der Bürgerschaft nur wie ein Rechtsgeschäft behandelt und im Wege gemeinsamen Handelns erreicht werden.

Von diesem Gesichtspunkte aus ist der Gedanke eines Zweikampfes, dessen Spuren man in dem *sacramento contendere* und bez. in dem anschließenden *manus conserere* hat finden wollen[4], von selbst widerlegt; er ist, so scheint mir, durchaus unrömisch. Zweikampf ist Krieg unter Feinden; unter Mitbürgern im antiken Sinne ist nur ein Wettkampf, ein Streit mit Wetteinsatz denkbar; der Wettkampf ist ein eben so originaler Typus, wie der Zweikampf und nicht aus diesem erst abzuleiten. Der Zweikampf gehört in ein ritterliches System, dessen Basis die unbedingteste Unabhängigkeit der Einzelnen ist, welche einander, wie ein souveräner Staat dem anderen, gegenüberstehen; der Wettkampf ist die civilisirte, urbane Form des Conflikts zweier durch das Band engster und geregelter Bürgergemeinschaft Zusammengehörigen. Ein solches Band umschlang die Quiriten.

*C.* Aber ein Wettkampf dieser Art ist doch nur angezeigt, wo der Conflikt der Rechtsbehauptungen sich in einem *Certum* zuspitzt[5]. Eine Wettsumme wird zum Succumbenzgeld, und in einem solchen verbirgt sich immer ein pönales Element. Strafe nun wäre unmotivirt, wo die Rechtsbehauptungen nicht präcisirt sind. Wo also das Ermessen des Richters Platz greift, auf dieses Ermessen und auf Abschätzung oder Prüfung provocirt ist, und auch der Gegner diese abzuwarten hat, kann nicht von Bestrafung des Gegners die Rede seyn, wenn er nicht sofort zu leisten bereit ist. Wo also kein *certum,* da ist auch kein *sacramentum* denkbar; auch Gaius (4, 13), indem er betreffs des *periculum litis* den Sacramentsproceß mit der *actio certae creditae pecuniae* vergleicht, scheint anzudeuten, daß die *l. a. sacramento* sich auf das Gebiet des *certum* beschränkte (zunächst also *certa pecunia* und *dominium certae rei*).

---

1) *actor: is qui agit cum adversario; reus: is cum quo agitur.* Vergl. v. Bethmann-Hollweg Röm. Civilproc. I. S. 101. 102.

2) *fr.* 3. § 11. *de pecul.* 15, 1; vergl. dazu *Ulp. in fr.* 11. § 1. *de novat.* (16, 2).

3) So sagt man oft, aber von Streit ist bei der *in jure cessio* nicht das Mindeste wahrzunehmen; der Erwerbende vindicirt ja unter ausdrücklichem Consens des Disponenten. Selbst der Schein eines Streites fehlt hier.

4) Asverus Ueb. d. *l. a. sacram.* (1843) S. 149 ff. Huschke i. Richter's krit. Jahrb. VIII. (1839) S. 665 ff. S. dagegen v. Bethm.-Hollw. I. S. 123. 134. Vergl. auch Danz d. sacr. Schutz S. 151 ff. i. d. Jahrb. d. gem. R. V. S. 88 ff. und i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. VI. S. 368. Dazu Karlowa Röm. Civilproc. S. 16 ff.

5) Anders Bekker die Actionen I. S. 64 ff.

Dabei mögen wir uns erinnern, daß, wo es sich um Grundbesitz handelte, der Werth des *jugerum* traditionell feststand (= 1000 As); ferner daß Rinder und Schafe gleichfalls ihren traditionellen Werthsatz (= 100 und bez. 10 As) hatten, und daß die Vindication immer nur eine einzelne *res* auf ein Mal zum Gegenstand haben konnte. Vertragsforderungen, auch solche die auf einem Entschädigungsvergleich oder Bußabkommen beruhten, gingen immer auf *certa pecunia.* So blieb eine verhältnißmäßig kleine Anzahl von praktischen Fällen übrig, in denen erst Abschätzung erfolgen mußte, um den Anspruch zu einem im *quid quale quantum*[1] Bestimmten zu machen, oder m. a. W. wo der Richter nicht bloß zu judiciren, sondern zuvor noch zu quantificiren hatte, worin der Anspruch bestehe. Jeder Fall aber, wo der Richter das ob und was (wieviel) zu entscheiden hatte, scheint mir nicht für den Sacramentsproceß, sondern nur für den Postulationsproceß[2] geeignet gewesen zu seyn, und kein anderer, als dieser Unterschied dürfte der zwischen *lis* (*judicium*) und *jurgium* gewesen seyn[3].

Der ausgeführten Ansicht steht die von Keller[4] aufgestellte gegenüber, wonach der Sacramentsproceß auch in Fällen eines *incertum* und wo noch Abschätzung stattfinden mußte, Platz griff und dann immer ein „nachgängiges Verfahren" hinzukam, eine *litis aestimatio,* „sei es vor demselben Judex oder Collegium, sei es vor einem Ausschusse des letzteren oder vor Arbitri". Indeß wie sollte hier die Proceßeinleitung und Sacramentsprovocation, die doch vorausgehen mußte, ohne Feststellung des Streitbetrags geschehen? Und in den Quellen findet sich nirgends ein Anhalt für jene Ansicht, abgesehen von der in ihrer Bedeutung sehr zweifelhaften *litis aestimatio* bei dem *publicum judicium repetundarum*[5].

Eine besondere Bewandtniß hat es mit der uns von Festus überlieferten Vorschrift der *lex XII tab.: Si vindiciam falsam tulit, sive litis . . . Praetor arbitros tres dato; eorum arbitrio possessor (?) fructus duplione damnum decidito*[6]. Sachverständige sollen eine genaue Schätzung vornehmen und dadurch die Basis für die Strafauflage gegen den Restitutionspflichtigen geben. Hier handelt es sich um Abschätzung der Ernte, wofür ein besonderes Nachverfahren geradezu unerläßlich war, sei es nun, daß in demselben das Grundstück selbst noch besonders veranschlagt wurde, oder daß der für die Sacramentsprovocation schon vorläufig angenommene Werth auch hier maßgebend blieb und die eigentliche Aestimation sich nur auf die Ernte bezog. Sicherlich aber haben wir uns hier immer ein besonderes Verfahren zu denken, welches nicht in den Rahmen der *l. a. sacramento* gehörte, sondern unter den Gesichtspunkt der *l. a. per arbitri postulationem* fiel.

*D.* Man wird um so leichter geneigt seyn, die obige Ansicht von der Beschränkung des Sacramentsgebiets auf *certa* anzunehmen, wenn man die schon von Keller[7] vertretene Ansicht theilt, daß der Sacramentsproceß überhaupt nicht in eine *condemnatio,* sondern nur in eine *pronuntiatio* (oder *judicatio* im engern Sinne) auslief. Mit der *pronuntiatio*, d. h. mit dem richterlichen Ausspruche, daß Kläger oder aber Beklagter im Recht sei, ist nach einfacher Proceßanschauung die Aufgabe des Richters erschöpft und der Rechtsstreit

1) *Gaius* und *Ulp. in fr.* 74. 75. *de V. O.* (45, 1). Dazu *fr.* 16. 68. *eod.*
2) Vergl. hierzu Karlowa Röm. Civilproc. S. 117.
3) *Cic. pr. Cluentio* 41: *aestimationem litium non esse judicium.*
4) D. röm. Civilproc. § 16. Vergl. auch Bekker Die Actionen I. S. 76 ff. und Karlowa Röm. Civilproc. S. 145 ff.
5) *Lex repetund.* S, 18. — 6) Vergl. oben Exc. S. 152.
7) a. a. O. § 13 a. E. und § 16 a. E.

zu Ende (*lis finita*). Unter anständigen Bürgern versteht es sich doch von selbst, daß die Parteien sich nicht in Widerspruch zu der richterlichen Sentenz setzen, und ist der Beklagte der Unterliegende, so hat bei der *actio in rem* (*certam*) der Kläger die Füglichkeit, entweder die *res praesens* mitzunehmen oder sein Eigenthum auf beliebige Weise, vielleicht nöthigenfalls unter Anrufung der Amtshilfe des Magistrats, geltend zu machen, oder aber bei Forderungsklagen, und bez. gegenüber den *praedes litis et vindiciarum*, den Weg der *l. a. per manus injectionem* (*judicati*) zu beschreiten.

Auch später wird uns nur von einer *pronuntiatio*, nicht von einer *condemnatio* in Sacramentsprocessen vor den Centumvirn gemeldet. Erst im Formularproceß tritt die Condemnation als organisches Proceßstück auf. In dem Legisactionensystem kann ich den Condemnationsgedanken nur in der *l. a. per manus injectionem* (*damnas!*), *per judicis arbitrive postulationem* und *per condictionem* finden, und hier auch nur latent, nicht ausgeprägt. Die Annahme, daß zu Plautus Zeiten eine Condemnation in Geld vorgekommen sei [1], hat keine Schwierigkeit, die Stellung der *arbitri* umfaßte eine sehr weite Machtvollkommenheit; enthielt sie in den *judicia divisoria* doch sogar die Adjudicationsermächtigung, und auch diese reicht sicherlich in alteZeit zurück.

## III.

## Die Sachvindication im Legisactionenproceß.

Im Sacramentsprocesse wurden später nur Grundstücks- und Erbschafts- (bez. Status-) Streitigkeiten verhandelt. Diese Beschränkung erklärt sich mit dadurch, daß wohl von jeher die Vindication [2] das wichtigste Anwendungsgebiet ihrer Proceßart, diese ihr wie auf den Leib zugeschnitten war, und diejenigen Fälle von Forderungsklagen, welche dem Sacramentsprocesse zugänglich waren, dann der *l. a. per condictionem* unterfielen. Des Gaius Bericht über die *in personam* gehende *l. a. sacramento* ist uns nicht erhalten, dagegen erfahren wir durch ihn einiges Genauere über die *in rem* gehende *l. a. sacr.*, d. h. die Vindication im Sacramentsprocesse.

Der Typus derselben ist ein ungemein ausdrucksvoller; sinnliche Plastik kennzeichnet ihren Gang und bringt ein förmliches Drama mit einer Anzahl fein gegliederter Scenen zu Stande, in denen die innersten Proceßideen möglichst unzweideutige, handgreifliche Gestalt gewinnen sollen.

*A.* Die erste Scene ist das s. g. *manus conserere*, welches von Gellius (20, 10) mit *correptio manus* bezeichnet wird: *correptio manus in re atque in loco praesenti apud praetorem ex XII tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: Si qui in jure manum conserunt.* Wer vindicirt, macht ein Recht gegen die Sache und an der Sache geltend; er muß dieses plastisch zum Ausdruck bringen, öffentlich, vor dem Magistrat und im Gegensatz zu dem bestimmten Gegner. Das thut er durch Anfassung des Vindicationsobjekts, durch Berührung desselben mittels des zur Hand genommenen Speerstabs und durch eine den Blick des Gegners hierauf richtende Erklärung, welche besagen soll, daß seine Rechtsbehauptung eben in diesem Akte verkörpert seyn und alle Zweideutigkeit fern bleiben soll. Mit Recht betont

1) Karlowa Röm. Civilproc. S. 147 ff.
2) einschliesslich die Vindication der Erbschaft, der *patria potestas* (*adjecta causa vindicare?*), *manus*, *mancipii causa* und *in libertatem*. Vergl. Karlowa R. Civilpr. S. 88—90. Für Servitutklagen gebricht es an bestimmten Anhaltspunkten: s. Karlowa S. 91 ff..

Karlowa[1], daß diese Handlung und Erklärung des Vindicanten zwar vor dem Magistrat geschieht, aber nicht an diesen, sondern direkt an den Gegner gerichtet ist und diesem gilt: denn der Proceß ist ein Handeln der Parteien selbst und ein Handeln mit einander, und die Vindication macht zwar ein absolutes Recht (*in rem*) geltend, aber wendet sich immer gegen einen bestimmten Gegner, so daß auch nur diesem gegenüber der Ausgang des Processes wirkt.

Die der Rechtsbehauptung inserirte Klausel: *secundum suam causam,* ist nicht zweifellos; am einfachsten ist es, sie mit Karlowa so zu verstehen: die Sache ist mein, in dem rechtlichen Zustande, in welchem sie sich eben jetzt befindet, also z. B. das Grundstück ab- oder zuzüglich der anhangenden Prädialservituten, oder der Sklave unter Berücksichtigung der ihm ertheilten Aussicht auf Freiheit (*statu liber*)[2].

Der Behauptung und Handlung des Vindicanten muß eine gleichwerthige Behauptung und Handlung des Gegners entgegentreten, d. h. der *vindicatio* eine *contravindicatio,* damit der Streit in eine einfache Spitze ausläuft. Der Gegner würde dem Kläger nicht gleichgestellt seyn, wenn er sich begnügen könnte, der Behauptung des Klägers eine einfache Verneinung gegenüberzusetzen, und was berechtigte denn den Gegner im etwaigen Interesse eines Dritten die Herausgabe der Sache zu verweigern? Die Vindication ist ein so gewichtiger Act, daß es der Bürger dem Mitbürger schuldig ist, die Sache nicht vorzuenthalten, wenn der Beklagte nicht selbst Eigenthümer zu seyn behauptet oder doch sofort denjenigen benennt, in dessen Namen er die Sache innehat (und dessen Interesse zu wahren er sich verpflichtet hält); letzternfalls nimmt der Proceß sofort eine andere Wendung. Erwägen wir, daß noch später der Beklagte im Vindicationsprocesse als *possessor* bezeichnet[3], also der *animus domini* bei ihm vorausgesetzt zu werden pflegt, und daß es noch in der ersten Kaiserzeit bestritten war, ob die Vindicationsklage gegen einen *detentor alieno nomine* angestellt werden könne[4]: so liegt kein Gedanke näher, als daß nach alter Ordnung nur derjenige als der rechte Vindicationsgegner galt, welcher seine Eigenthumsbehauptung jener des Klägers entgegenstellte. Ausdruck dessen war eben die *contravindicatio;* ohne solche hätte es kein rechtes ächtes *manus conserere* gegeben.

*B.* Hieran schließt sich, nachdem das *manus conserere* durch den prätorischen Ordnungsruf (*Mittite ambo!*) aufgehoben ist, das *causam postulare* seiten des Klägers, eine Aufforderung an den Beklagten, bestehend in den Worten: *postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris!* Der Sinn ist zweifelhaft. Karlowa[5] vermuthet, dem Beklagten sollte dadurch Gelegenheit gegeben werden, den *auctor* zu benennen, so daß dieser am Proceß theilnehmen und die Streitfrage gründlich erledigt werden konnte. Diese Vermuthung liegt nahe; das Wort *causa* würde danach auf den etwaigen derivativen Erwerbstitel hinweisen. Vielleicht sollte dem Beklagten auch die Möglichkeit gegeben seyn, seiner *contravindicatio* den besonderen Inhalt zu geben, daß er nicht einfach *meum ex jure Quiritium,* sondern z. B. wenn es sich um einen Menschen handelte, die väterliche Gewalt über denselben behauptete (*vindicare adjecta causa*[6]).

1) a. a. O. S. 70.
2) Vergl. z. B. *fr.* 2. *pr. de statu lib.* (40, 7): *cum sua causa capiatur.*
3) z. B. in *fr.* 14. 18. *de rei vind.* (6, 1) u. s. w. Dazu *fr.* 27. *pr.* und *fr.* 36. *pr. eod.*
4) Pegasus und Andere behaupteten, nur der sei rechter Beklagter, wer zum *interdictum retinendae possessionis* berechtigt wäre: *fr.* 9 *eod.*
5) a. a. O. S. 75. — 6) *fr.* 1. § 2 *eod.*

Lehnt der Beklagte jede weitere Specialisirung ab, so beschließt er diese Scene mit der Erklärung: *Jus feci*[1], *sicut vindictam imposui,* d. h. ich will eben schlechthin behauptet haben, Eigenthümer zu seyn.

Nun erst erfolgt die Sacramentsprovocation.

*C.* Weniger einfach ist die Gestaltung des geschilderten Vindicationsstadiums, wenn es die Vindication eines Grundstücks oder einer anderen nicht wohl transportablen Sache[2] galt, welche nicht *pro tribunali* präsent gestellt werden können. Jenes *manus conserere* muß dann unter Vortritt des Prätor an Ort und Stelle geschehen, d. h. die Parteien müssen sich mit dem Magistrat zu der Streitsache verfügen und dort die *correptio manus* celebriren. So verlangen es die XII Taff.; späterhin wird es, da bei den erweiterten Grenzen des *ager Romanus* die Zeit der Magistrate nicht zu dergleichen Solennitätsreisen ausreicht, Sitte, die gemeinsame Reise[3] ohne den Magistrat auszuführen und vom fraglichen Grundstück eine Erdscholle vor das Tribunal mitzubringen, um hier nun, wie üblich, das *manus conserere in gleba* vorzunehmen. Dieses s. g. *ex jure manum consertum vocare* schildert Gellius mit den Worten: *institutum est, contra XII tabulas, tacito consensu, ut litigantes non in jure apud praetorem manum consererent, sed ex jure manum consertum vocarent; id est, alter alterum ex jure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret; atque profecti simul in agrum de quo litigabatur, terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, in jus in Urbem ad praetorem deferrent; et in ea gleba tanquam in toto agro, vindicarent.* Und wie populär diese Procedur war, erkennt man daraus, daß nach Gellius' Erzählung der Dichter Ennius da, wo er von kriegerischem Waffenstrauß sang, vergleichungsweise das *ex jure manum conserere* als eine *vis civilis et festucaria* gegenüber stellte.

Der wörtliche Ritus dabei bestand nach *Cic. pr. Murena 12* in der Erklärung des Vindicanten: *Fundus qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum ego ex jure Quiritium meum esse ajo. Inde ibi* (= demgemäß) *ego te ex jure manum consertum voco* — in der folgenden Gegenerklärung des Beklagten: *unde* (= aus welchem Grunde) *tu me ex jure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco* (= erwidere ich den Aufruf)[4] — und in der doppelten Aufforderung seiten des Magistrats: *suis utriusque superstitibus praesentibus istam viam dico; inite viam! — Redite viam!*[5]

*D.* Bei der Vindication eines Grundstücks, dessen Ernte ja gerade während des Processes in Frage kommen kann, muß außerdem der interimistische Besitz geordnet werden. Das könnte in einem selbständigen Verfahren geschehen, indeß erledigt sich die Frage einfacher durch einen Akt des proceßleitenden Magistrats, welcher am Schlusse des Verfahrens *in jure* ohne Weiteres kraft seines Imperium feststellt, welche der Parteien einstweilen das Grundstück bewirthschaften und genießen soll: *vindicias dicere secundum alterum litigantium*[6]. Die Ertheilung der Vindicien hat nichts mit

---

1) Sonst las man hier: *jus peregi*.

2) Auch Gellius (20, 10) spricht zuerst allgemein von *res longinquae*, erwähnt aber dann nur *agri* (*et glebae*). Gaius (4, 17) nennt daneben *navis, columna, grex, hereditas*, welche durch *pars aliqua* (*tegula, ovis, pilus*) vertreten würden.

3) Daraus ist zu Cicero's Zeit eine Scheinreise geworden.

4) Vergl. Karlowa Beitr. z. Gesch. d. R. Civilproc. (1865) S. 8 und R. Civilpr. (1872) S. 78. 79 gegen Huschke i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. VII. S. 181 ff.

5) Diese in Einem Athem vom Prätor gesprochenen und von Cicero verspotteten Worte sind nur noch der Schatten der ursprünglichen Feierlichkeit; die Parteien begeben sich nicht mehr vom Tribunal hinweg; nur die Worte sind geblieben und darin die Hindeutung auf die Zeugen, welche sonst im Gefolge der Parteien dem Akte anwohnten.

6) Von den Parteien heisst es: *vindicias postulare, ferre* d. h. Die Ertheilung beantragen, erlangen.

der Frage der Parteirolle zu thun, diese bleibt unentschieden; nur der faktische Vortheil des Interimsbesitzes soll entschieden werden[1]. Die Vindication ist in erster Linie auf die Sache, nicht gegen den Gegner, gerichtet; der Sache gegenüber aber stehen beide Parteien gleich; jede hat ihr *sacramentum* für den Fall des Mißlingens ihres Eigenthumsbeweises eingesetzt; wer nicht beweist, hat das Sacrament verwirkt; mißlingt Beiden dieser Beweis, so haben Beide ihr Sacrament verwirkt. Mit dieser Hauptentscheidung löst sich auch die Vindicienfrage: wer die Vindicien vom Prätor erlangt hat, muß, wenn er nicht den Beweis erbringt, das Grundstück sammt Früchten herausgeben; freilich, wenn auch der Gegner sachfällig wird (und sein Sacrament verwirkt), so bleibt der Interimsbesitzer im faktischen Besitz, und da der Magistrat regelmäßig dem faktischen Besitzer die Vindicien wird zugesprochen haben, so liegt darin keine Beeinträchtigung des anderen Theils[2].

Nur insofern gibt der Magistrat durch Zusprechung der Vindicien dem Begünstigten einen Vortheil, als demselben der augenblickliche Genuß gesichert wird, und der Gegner nun darauf angewiesen ist, falls er siegt, Grundstück und Früchte sich thatsächlich erst zu verschaffen. Diese Ungleichheit wird dadurch ausgeglichen, daß der Vindicienempfänger für den Fall des Siegs des Gegners in die Strafe des Doppelten der Früchte fällt[3] und im Hinblick auf diese Möglichkeit *praedes litis et vindiciarum* hat bestellen müssen[4].

*E.* Von Cicero[5] wird bei Grundstücksstreitigkeiten noch ein eigenthümlicher dramatischer Ritus unter der Bezeichnung *deductio quae moribus fit* erwähnt; es ist bestritten, was darunter zu verstehen sei. Nach der Ansicht Einiger[6] gehört auch dieser Ritus in den Zusammenhang des alten Vindicationsprocesses, entweder in dem Sinne[7], daß die *deductio* das ohne Prätor auf dem entfernten Grundstücke selbst vorgenommene *manus conserere* war und in einer zum Schein vollzogenen Besitzdejection bestand, oder in dem Sinne[8], daß sie an Stelle des *manus conserere* und *vindicias dicere* trat und eine Privatübereinkunft der Parteien über Parteirolle und Interimsbesitz enthielt, oder endlich in dem Sinne[9], daß sie eine der ganzen *legis actio* vorausgehende Handlung und zwar eine *vis ex conventu*, d. h. eine dramatisch aus-

---

1) Vergl. Eck die doppelseit. Klagen S. 7. 14 ff. Anders Leist d. röm. Erbschaftsbesitz S. 131. 139.

2) Karlowa R. Civilproc. S. 86. 87. Das Imperium des Magistrats war wohl nur bei Freiheitsprocessen (wo zufolge der XII T. zu Gunsten der *libertas* —) und in Processen zwischen *populus* und *civis* (wo nach Cato bei *Fest. Vindiciae* zu Gunsten des *populus* die Vindicien ertheilt werden mussten) beschränkt.

3) Die XII T. haben eben für diesen Fall die Abschätzung durch drei *arbitri* angeordnet (s. oben Exc. S. 152).

4) Dies zeigt, dass der Vindicienempfänger als Versprechender galt und durch sein Versprechen (nicht durch Verurtheilung) verpflichtet wurde, herauszugeben (falls er unterlag).

5) *pro Tull.* 20; *pr. Caecina* 1. 7. 32.

6) Begründer dieser Ansicht ist v. Savigny i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. III. S. 421 ff. (Verm. Schr. I. S. 292 ff.). Vergl. Karlowa Beitr. z. Gesch. d. röm. Civilpr. S. 1: „Vor Savignys Abhandlung über die *lis vindiciarum* und das Verhältniss derselben zu den Interdicten hatte man über den von Cicero erwähnten Ritus sehr unrichtige Vorstellungen, welche mit den falschen Ansichten über das *interd. de vi* in engem Zusammenhange standen. Die durch Savigny's Erörterung gewonnenen negativen Resultate, dass das *int. de vi quotidiana* sich nicht auf symbolische, sondern auf ernstliche Gewaltthätigkeit bezogen habe, und nicht eine blosse Einleitung der *rei vindicatio* gewesen sei, endlich dass die *deductio* nicht zur Form des *int. de vi* gehört habe, diese Sätze fanden allgemeine Billigung. S. selbst brachte die *deductio* mit dem alten Vindicationsritual, den *manus consertae*, in Verbindung. Auch diese Erklärung der *deductio* wurde fast allgemein angenommen, bis Keller gegen diesen Punkt Widerspruch erhob und seinerseits einen Zusammenhang der *deductio* mit dem *in rem agere per sponsionem* darzuthun versuchte. Seitdem sind die Ansichten getheilt geblieben."

7) So v. Savigny a. a. O. und nach ihm Walter R. Rechtsgesch. (*ed.* 3.) II. § 712.

8) Rudorff Jahrb. f. wiss. Kritik 1843. S. 602 ff.

9) Witte jun. d. *interdictum uti possidetis* (1863) S. 32—38. Abgesehen von der Erklärung aus den Vindicien stimmt Leist (in d. Fortsetz. v. Glücks Comm. 1870) d. röm. Erbrechtsbesitz S. 130—138 mit der Witte'schen Ansicht überein.

geprägte freie Vereinbarung der Parteien über den Interimsbesitz war, welchen der Magistrat dann der Vereinbarung gemäß auszusprechen hatte. Andere dagegen bringen nach Keller's[1] Vorgang das *moribus deduci* mit dem Formularproceß in Verbindung, aber wieder in ganz verschiedener Weise. Keller selbst hält die *deductio* für eine Vorbereitung der *actio in rem per sponsionem;* wie diese in der *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* und der *sponsio* etwas der Stellung von *praedes litis et vind.* und dem Sacramentseinsatze Analoges habe, so entspräche das *vadimonium* bei der *deductio* der *in jus vocatio,* und die *deductio* selbst dem *manus conserere* (einschließlich das *vindicias dicere*); die *deductio* aber geschähe nur im Falle freier Uebereinkunft (über den Interimsbesitz), andernfalls müsse das *interdictum uti possidetis* die Besitzfrage erledigen. Wetzell[2] dagegen findet den Zweck der *deductio* einfach in der Feststellung der Identität des Streitobjekts; Huschke, seine frühere Ansicht[3] aufgebend adoptirt (mit einer für uns hier unwesentlichen Abweichung) die Kellersche Ansicht[4]; ähnlich v. Bethmann-Hollweg[5], doch deutet dieser die *deductio* weder auf den Besitz, noch auf die Parteirolle, sondern einfach auf *manus conserere* und thatsächliches Zurückweichen des einen Theils. Auch Krüger[6] hält die Verbindung der *deductio* mit der *actio in rem per sponsionem* und zwar wesentlich im Hollweg'schen Sinne fest, als deren Einleitung sie gedient habe, und vertheidigt diese Ansicht besonders gegenüber derjenigen von Karlowa[7]. Dieser hält die *deductio* vielmehr für eine Vorbereitung des *interdictum uti possidetis,* insofern durch dieses die Parteirolle für die *in rem* gehende Sponsionsklage zu entscheiden war; wo das Interdict diese Function erfüllen sollte, hätten die Parteien die *vis ex conventu* vollzogen, der *deducens* das *vadimonium* promittirt, und der Prätor auf des Gegners Antrag das verlangte Interdict erlassen; war die Parteirolle nicht streitig, sei die *deductio* unterblieben.

Die Akten über diese seltsame *deductio* sind noch nicht als geschlossen zu betrachten. Bei Cicero spielt sie eine Rolle, welche schwer mit Sicherheit zu taxiren ist, weil Cicero nicht Jurist war, und seine Schilderungen durch seine oratorische Parteistellung bedingt waren. Gaius scheint die *deductio* nicht zu kennen, wenigstens nennt er sie nicht; ist sie identisch mit dem Begriffe der *vis ex conventu,* d. h. formeller Gewaltanwendung auf Grund der Uebereinkunft der Parteien, so könnte in Gai. 4, 170[8] die *deductio* gefunden werden, wenn die Worte *qui vim non faciat* auf *vis ex conventu* gedeutet werden[9]. Bedenklich bleibt, wenn man den Dienst der *deductio* auf den Formularproceß beschränkt, immerhin der Umstand, daß dann die Entstehung der umständlichen Solennität in eine verhältnißmäßig junge Zeit hinabgerückt würde, während sie doch ihrem Aeußern nach durchaus in das System des altnationalen *jus strictum ac solenne* zu gehören scheint; eine gemeinsame

1) i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XI. (1842) S. 287 ff. und in *Semestria II.* (1843: Comment. zur *or. pr. Caecina*) S. 366 ff.

2) D. röm. Vindicationsprocess (1845) S. 84 ff.

3) Huschke *Analecta litteraria* (1826) *p.* 129 *sq.*

4) Huschke Gaius (1855) S. 188 ff. — 5) R. Civilpr. II. § 89.

6) Krit. Versuche (1870) S. 66—87. Vergl. dazu und bez. dagegen Bruns d. Besitzklagen d. heut. und röm. R. (1874) S. 32—42.

7) Beitr. z. Gesch. d. R. Civilpr. S. 1. 21 ff. und R. Civilpr. z. Zeit d. *leg. act.* S. 102—104.

8) Die Stelle lautet nach Studemund: *Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, praetor in eam rem prospexit, et comparavit interdicta, quae secundaria appellamus, quod secundo loco redduntur, quorum [vis et potestas haec est, ut qui] cetera ex interdicto non faciat, velut qui vim non faciat, aut fructus non liceatur . . . restituat adversario possessionem etc.* Vergl. Krüger a. a. O. S. 84 und Bruns a. a. O. S. 32.

9) von Krüger, Bruns und Wach (zu Keller's Civilpr. § 75. Anm. 873) bejaht, von Karlowa verneint.

Reise zum Grundstück als processuales Requisit wird man sich nicht anders gut erklären können als in einer Zeit, wo die Zeit noch nicht kostbar und der *ager Romanus* noch in bescheidenen Grenzen war. Einmal entstanden konnte dann der kostspielige Ritus sich lange erhalten. Ob er sich auf die Parteirolle bezog, wird nur im Zusammenhange mit der oben berührten Frage, ob im alten Vindicationsprocesse Parteirollen überhaupt unterschieden wurden, zu bestimmen seyn.

## IV.

## Die *leges Furiae.*

Gaius (4, 22—24) erwähnt zwei *leges Furiae,* welche für die Geschichte des altröm. Executivprocesses wichtig sind; er unterscheidet sie durch die Zusätze *de sponsu* und *testamentaria,* und nennt sie neben einander („*et aliae leges*" in § 23 *init.*) so, daß es scheint, er halte sie für zwei getrennte Gesetzgebungsacte und so ist ihr Verhältniß bisher immer aufgefaßt worden. Rudorff[1] setzt die *lex de sponsu* in d. J. 345 v. Chr., die *testamentaria* aber, wie es scheint („vor die *lex Voconia*" v. J. 169), weit später; mit ihm stimmt Lange[2] überein, welcher annimmt, daß diese *lex testamentaria* unter dem Einfluß der Catonischen Partei entstanden sei. v. Bethm.-Hollweg[3] dagegen setzt sie gewiß mit Recht „lange vor die *lex Voconia*", läßt aber dahin gestellt, „ob auch vor die *lex Valeria*" (342), und Huschke[4] bringt alle diese Gesetze mit dem Nexum, der *lex Poetelia* und *Aquilia* in innigen Zusammenhang. Sollte die *lex Furia testam.* etwa ein zweites Kapitel in der alten *lex Furia* (*de sponsu*) gewesen seyn und also der Mitte des 4. Jahrh. v. Chr. angehören? So würde die *lex Furia testam.* in die Nähe der *lex Marcia* und in Uebereinstimmung mit der von Gaius (4, 23) gegebenen Reihenfolge gebracht. Selbst an einer gewissen Gedankenverwandtschaft beider so verschieden scheinenden Gesetze fehlt es nicht, da beide die Einschränkung in Geltendmachung bisher unbeschränkter Privatrechte („*qui plus quam virilem partem exegisset*" — „*plus mille assibus cepisset*") enthielten und überdies in beiden Fällen eine gleichartige Abhilfe gewährten. Die Bezeichnung als *lex de sponsu* und *testamentaria* konnte recht wohl gerade durch die Unterscheidung zweier Kapitel der nämlichen *lex* veranlaßt seyn, und schwerlich kann als Instanz dagegen die Bezeichnung der *lex Furia testam.* als Plebiscit bei *Varro lib. III de vita populi Rom. 1, 247* (*Bip.*) in Betracht kommen. Jedenfalls ist bemerkenswerth, daß nach Gaius' Bericht in der processualen *forma legis Furiae testam.* die Clausel *pro judicato* — in Widerspruch mit der *lex* selbst — eingeschaltet wurde, was dem Gaius unverständlich schien („*nulla ratione factum*"): des Gaius Geschichtskunde erscheint hier in mindestens zweifelhaftem Lichte; wie, wenn die Annahme jener *lex testam.* als zweites Kapitel der *lex de sponsu* zur Beleuchtung jener von dem Wortlaut des Gesetzes abweichenden *forma legis actionis* verwerthet werden könnte? Im 2. Kapitel der *lex* konnte die Clausel *pro judicato* weggelassen und stillschweigend hinzu gedacht seyn; im einzelnen Anwendungsfalle mußte natürlich die Clausel inserirt werden. Hiernach würde freilich die *lex Furia testam.* eigentlich unter den Gesetzen der *l. a. pro judicato* aufzuzählen gewesen seyn, und Gaius durch den Vorwurf der Unrichtigkeit getroffen werden;

1) Röm. Rechtsgesch. I. S. 51. 55. — 2) R. Alterth. II. § 107 (S. 228) u. 132 (S. 562).
3) R. Civilpr. I. S. 162. — 4) Nexum S. 141 ff. und Gaius: Beitr. S. 72.

allein jene *lex* konnte recht wohl eben durch die Auslassung der Clausel den ersten Anlaß zur Milderung des Executivprocesses geben, und es würde so auch des Gaius ungenauer Bericht erklärlich seyn.

Die *lex Valeria* milderte die Strenge des Executivprocesses, traf also die *lex Furia de sponsu* und wahrscheinlich *implicite* die *lex Furia testam.*, so daß dadurch Gaius um so leichter verführt werden konnte, diese letztere neben der *lex Marcia* zu nennen. Die *lex Valeria* gehörte derselben Bahn der Entwicklung an, wie die *lex Poetelia* und *Silia*[1]; durch jene ward das Nexum entkräftet, durch diese die profane Stipulation anerkannt; man kommt auf den Gedanken, daß die *lex Valeria*, die gewiß nicht bloß ein negatives milderndes, sondern zugleich ein positives erweiterndes Gesetz war, mit der Anerkennung der *expensilatio* zusammenhing, für welche ein nexumähnlicher Executivproceß sich wohl empfehlen mochte.

# Dritte Periode.

# Die Mittelmeerherrschaft.

**(Vom ersten Punischen Kriege bis zur Aufrichtung des Principats.)**

**250—1.**

## XXVII. Kapitel.

### I. Die Staatsordnung.

(Zu § 168-185.)

### I.

### Uebersicht dieser Periode.

Am Anfang dieser dritten Periode ist Rom Herrscherin der italischen Halbinsel, am Ende derselben Herrin des Erdkreises geworden. Wie das Fatum der antiken Welt, Schritt für Schritt vordringend, dehnt es sich in immer weiteren Kreisen aus, bis es an Meere, Gebirge, Wüsten und auf Barbarenstämme trifft, welche unwirthlich wie das Meer, oder starr wie Gebirge, oder unfruchtbar wie Wüsten sind. Am Schlusse des ersten punischen Kriegs, also am Anfang dieser Periode und durch Augustus, also am Schlusse dieser Periode findet eine Schließung des Janustempels Statt[2]; zwischen diesen Weltfriedensaugenblicken zieht sich eine Kette von Weltkriegen hin. Aber Rom, indem es erobert, beruhigt es die Völker; indem es ihnen die Selbständigkeit nimmt, gibt es ihnen den Frieden, und nicht bloß als herrschende, sondern auch als ordnende Macht zieht es in den annectirten Ländern ein.

In seinem Kampfe mit Pyrrhus hatte Rom sich als eine Großmacht in der Mittelmeerwelt erwiesen, durch seinen Sieg über Karthago und Hannibal erhob es sich zur Hauptmacht. Nachdem es einmal, in Folge des ersten pu-

1) s. Huschke Nexum S. 122. 144 ff. — 2) Schwegler R. Gesch. I. S. 540.

nischen Kriegs, festen Fuß außerhalb des italischen Territoriums gewonnen, umgab es sich, in fast zwingender Aufeinanderfolge von Eroberungen und Erbschaften, mit einem Kranze von Provinzen, wies den alternden Culturvölkern im Umkreis der gemeinsamen Ordnung neue Aufgaben an und schien sie zu verjüngen, indem es sie verband. Was jedes dieser Völker mit dem Rest seiner nationalen Kräfte noch vermochte, das nöthigte das allenthalben siegreiche Rom freilich in den Dienst seiner Macht und seines Glanzes, aber damit auch in den Dienst eines großen Ganzen. So ward Rom der centrale Ausdruck der antiken heidnischen Culturwelt: die endlich concentrirte Formulirung dieser Idee aber ist das Imperatorenthum, mit dessen Anerkennung die folgende Periode anhebt.

Den Gang, welchen Rom's Machtentfaltung nahm, verstehen wir, wenn wir die beiden neben ihm vorhandenen Culturkreise der Mittelmeerwelt betrachten: den punischen und den hellenistischen. Die Karthagische Republik war nicht bloß politische Nebenbuhlerin durch ihre geographische Lage und militärisch centralisirte Seemacht, sondern zugleich sociale Gegnerin durch den Contrast der semitischen Rasse und Sitte. Da nun die punische Macht nur zur See überwunden werden konnte, so ward Rom eine Seemacht, und da es die gewonnene Stellung zur See nicht anders behaupten konnte, unterwarf es erst Sicilien, dann Sardinien und Corsica, und endlich Hispanien. Bis an das Ende des dritten Jahrhunderts war Rom ausschließlich mit der Westhälfte der Mittelmeerwelt beschäftigt, die Schlacht von Zama (202) machte es zur Herrin derselben.

Nebenher ging Rom's Bestreben, sein Reich nach dem Norden hin zu sichern: dies geschah zunächst durch Annectirung der *Gallia cisalpina* (222); in dem harten Kampfe mit den norditalischen Keltenstämmen, welcher dem vorausging, war Rom zum ersten Male thatsächlich als Haupt- und Vorkämpfer ganz Italiens allerseits anerkannt worden[1]. Ein Schritt weiter geschah mit Einrichtung der *Provincia Narbonensis* oder *Gallia transalpina* (121). Doch blieb es Cäsar vorbehalten, Rom's Herrschaft auch auf den Norden der Gallischen Länder auszudehnen; Cäsar entdeckte hier durch Umgestaltung Galliens zur Provinz dem Römischen Geiste gleichsam eine „neue Welt", und bereicherte dessen Horizont mit einer anregenden und für alle Folge höchst bedeutsamen Perspective.

Theils durch die illyrischen Verwicklungen (280. 219), theils infolge Hannibal's Bündniß mit Philipp von Makedonien (215) war Rom's Blick auch nach dem Osten gelenkt worden; schon in der ätolisch-thrakisch-pergamenischen Coalition, welche von den Römern im Jahre 212, gegenüber den großartigen diplomatischen Combinationen Hannibal's, zunächst gegen Makedonien erzielt worden, hatten sie tief in die orientalische Welt eingegriffen[2], und nach dem zweiten punischen Kriege durch Förderung des großen numidischen Reichs unter Massinissa ihren Einfluß auf Nordafrika ausgedehnt. Nachdem die syrische Gegenstrebung des „Großkönigs von Asien" Antiochus überwunden (190), die Kraft Makedoniens nach wiederholten Anläufen (214—206; 200—197; 171—168) endlich gebrochen, und Epirus römische Provinz geworden war, traten Makedonien und Achaja, gleichzeitig mit der Vernichtung Karthago's, als Provinzen in das römische Reich ein (146).

Die systematische und hegemonische Einmischung Rom's in die alexan-

1) Mommsen R. Gesch. I. S. 562. — 2) Ders. I. S. 624. 633.

drischen Staatensysteme Afrika's und Asien's hatte begonnen. Zwischen Aegypten und Rom war immer schon eine Art Wahlverwandtschaft bemerklich und bekundet durch mehrmals, z. B. im zweiten punischen Kriege (210) erneuertes Bündniß, ja durch Uebernahme der Vormundschaft über den jungen ägyptischen König durch Lepidus (201)[1]. Die auf Bitten der Aegyptier nach Alexandrien gehende römische Gesandtschaft (169), das Bündniß Rom's mit Judas Maccabaeus (um 160), die Einsetzung der römischen Republik zu Erben ihrer Länder seiten der asiatischen Könige Attalus von Pergamum (133: *Asia propria* römische Provinz), Ptolemaeos von Kyrene (96) und Nikomedes von Bithynien (88), daneben die Kämpfe in Numidien (111 bis 106) und die drei Mithridatischen Kriege (88—64), endlich die unter Crassus und Antonius unternommenen Kriegszüge wider die Parther — ein Volk an der Ostgrenze der Cultur, das unter einer skythischen Dynastie am Anfang unserer 3. Periode staatlich constituirt seit 150 zu einer ansehnlichen Macht herangewachsen war — zeigen uns die außereuropäische Erweiterung der römischen Herrschaft.

Cilicien (102), Kreta (68), Syrien, Bithynien und Pontus (64), Numidien (46) wurden römische Provinzen, das zweite Triumvirat (Octavianus, Antonius und Lepidus) constatirte in seinem Theilungsmodus (Europa, Asien und Afrika) die Herrschaft Rom's über die drei Erdtheile, und mit Aegyptens endlicher Annectirung schließt vorläufig die Reihe der Provinzerwerbungen der Republik (30). Rom sieht sich im Besitz aller Haupttheile der bekannten Welt, wofür schon zu Cicero's Zeit der Ausdruck *Orbis Terrarum* gäng und gäbe ist, und es bleibt wenig mehr als dessen friedlicher Ausbau den Römern zu thun und zu wünschen übrig.

Das großartige System der Colonien, obwohl durch Hannibal's kühnes Auftreten in Italien erschüttert, erhielt sich dennoch und leistete den Römern, als sie außerhalb Italiens kämpfend in die Weite strebten, gute Dienste, denn es sicherte ihnen den festen Rückhalt in der Heimat. Dieses Colonialsystem, nach Beendigung des zweiten punischen Kriegs besonders an den unteritalischen Küstenlinien, dann auch in Samnium und Apulien theils durch neue Anlagen, theils durch bedeutende Verstärkungen sehr befestigt (200—184)[2], erweiterte sich dann über das eigentliche Italien hinaus; im diesseitigen Gallien[3] dann auch in entfernteren Gebieten und Provinzen schufen sich die Römer mit trefflichem Takt zuverlässige Stützpunkte der Herrschaft. Wesentlich hiervon verschieden und eine neue Erscheinung in der römischen Geschichte sind die mit den Bürgerkriegen zusammenhängenden Aussendungen von großen Veteranencolonien in verschiedene Gegenden Italiens[4] — Sulla allein siedelte nicht weniger als 47 Legionen in Italien an —: sie waren nicht mehr eigentliche Volksverpflanzungen, sondern militärische Dispositionen eines Sulla, Cäsar und Augustus, welche zunächst ihre Parteizwecke verfolgend zugleich die Unificirung der italischen Bevölkerung zum Abschluß bringen halfen.

Fast überall, wo Rom später erobernd auftrat, hatte es vorher schon seine diplomatische Hand im Spiel: so in Aegyten (z. B. 162) und Numidien (z. B. 152. 148); mit Byzanz ebenso wie mit Rhodos, welches lange Zeit das diplomatisch vermittelnde Haupt einer förmlichen Hansa griechischer Küsten-

---

1) Mommsen I. S. 709. — 2) Ders. I. S. 670. 671. — 3) Ders. I. S. 677.
4) Ders. II. S. 350.

und Handelsstädte war, entwickelten und erhielten sich freundschaftliche Beziehungen[1], die Rhodische Marine kam den Römern in vielen Kämpfen zu Statten (schon im syrischen Kriege 191) und betrieb die Säuberung des Mittelmeers von Seeräubern, ehe die Römer selbst, welche vorher nur einzelne vorübergehende Male, z. B. unter Q. Caecilius Metellus i. J. 123 gegen die balearischen Seeräuber, vorgegangen waren, entschieden und mit dauerndem Erfolg unter Metellus Creticus (69) und Pompejus (67) einschritten.

Errichtung von Heerstraßen, welche die Reichsfestungen verbinden sollten, aber zugleich Verkehrsbahnen wurden, ließen sich die Römer frühzeitig angelegen seyn. Die erste Kunststraße, welche die Apenninen überstieg und die beiden italischen Meere verband, die *via Flaminia*, ward schon im Jahre 220 ausgeführt; namentlich seit der Gracchenzeit begann das Straßenbausystem sich im Großen zu entwickeln: durch Anlegung der *via Aemilia* (187), *Cassia* (171), *Aurelia* (um dieselbe Zeit?) und *Postumia* (148) wurde das norditalische Straßennetz vervollständigt[2], und „um Christi Geburt haben wir das ganze weite Römerreich, von den Säulen des Hercules bis in die Euphratländer und bis an die Catarracten des Nil, gleichsam mit einem Straßennetz überdeckt zu denken, das Tausende von Miliensteinen ausspannten und festhielten[3]."

In dieser Periode vollendete sich die Latinisirung der italischen Völkerschaften (etwa mit Ausnahme der Hellenen). Im Verlauf des zweiten punischen Kriegs hatte sich die Bedeutung der latinischen Nationalität auf Kosten der Etrusker und Sabeller erweitert, und es trat seitdem die gesonderte Stammesart der übriger Italiker mehr und mehr zurück. Rom's Strafgerichte an den abgefallenen Völkerschaften decimirten die Zahl der Nichtlatiner außerordentlich, und „die Besiegung Hannibals ward als eine zweite Unterjochung Italiens empfunden". Je weiter sich nun die Kriege von Italien entfernten, und je lebhafter in dem beruhigten Italien der Verkehr nach dem zweiten punischen Kriege aufblühte, um so inniger verknüpfte sich das Interesse aller Theile der Halbinsel mit demjenigen ihrer Hauptstadt. Der Bundesgenossenkrieg (91—88) hatte eine beträchtliche Ausbreitung des Röm. Bürgerrechts zur Folge, Italien ward gleichsam nochmals erobert, und die durch die ganze Halbinsel wüthenden Bürgerkriege, erst des Sulla, dann des Cäsar und des Octavian, trugen das ihrige bei, die alten particulären Nationalitäten und Sprachen vollends zu verwischen. Römische Sitte und Sprache drangen überall hin, und zu Augustus' Zeit war es schon so weit gekommen, daß Strabo die Wohnsitze der Lucaner, Bruttier und Samniter nicht mehr sicher anzugeben wußte[4].

Auch in den Provinzen machte sich das Römerthum geltend, doch schonten die Römer den *mos provinciarum,* und mit Gewalt haben sie nirgends fremdes Volksthum ausgerottet, außer wo ihre Herrschaft durchaus nicht anders aufrecht erhalten werden konnte, wie z. B. theilweise in Spanien, Norditalien und Afrika. Manche Völker, z. B. die südlichen, schon durch die griechischen Pflanzstädte an fremde Art gewöhnten Gallier, ergaben sich leichter als andere einer freiwilligen, stillen und friedlichen Romanisirung. „Die keltische Nationalität vermochte bei Weitem nicht den Widerstand zu leisten,

---

1) Mommsen I. S. 702. 712. 740. — 2) Ders. I. S. 565. 677. 678. II. S. 42. 166. 173. 395.
3) K. L. Roth i. d. Jahrb. d. Ver. v. Alterthumsfreunden i. Rheinlande, 15. Jahrg. (1860) S. 1. 16.
4) C. Hegel Gesch. d. Städteverf. v. Italien I. S. 14. v. Bethmann-Hollweg R. Civilpr. II. S. 9. Mommsen Unterital. Dialekte S. 113 ff. Marquardt R. Alterth. III. 1. S. 46.

wie die civilisirten Sabeller und Etrusker; Polybios (um 160 v. Chr.) versichert, daß in Norditalien nur noch wenige Dörfer unter den Alpen keltisch geblieben seien"; Norditalien bis an den Po war mit dem italischen Reich völlig verschmolzen[1]. Auch die in Karthago centralisirte semitische Cultur, schon durch die Lybier vielfach eingeschnürt und verkürzt[2], leistete auf die Dauer dem römischen Geiste keinen Widerstand. Nur die weit bedeutendere ideale Kraftfülle, welche dem Hellenismus inwohnte und zur Zeit der politischen Unterwerfung der hellenistischen Staatenwelt unter Rom's hier überaus höfliches Scepter noch bei Weitem nicht erschöpft war, erschmeichelte vom Sieger Anerkennung und führte einen Verschmelzungsproceß herbei, in welchem beide Theile sowohl gaben als empfingen.

Die Hellenen wurden die Lehrmeister Rom's in allen Künsten und Feinheiten der Civilisation. Mit den freieren Lebensanschauungen und Lebensformen des Ostens kamen Reichthum und Luxus nach Rom und machten das Leben und den Verkehr in aller Art reichlicher und verwickelter. Rom wuchs zur Weltstadt heran und ward ein natürlicher Mittelpunkt großartiger weitverzweigter Speculationen. Die Geldwirthschaft fand übermäßige Nahrung infolge der in Rom zusammenströmenden Abgaben der Provincialen, sowie der fast unermeßlichen Beute aus den makedonisch-asiatischen Kriegen: aus dem Kriege gegen Antiochus und Perseus wurden allein gegen 90 Millionen Mark gewonnen, das Vermögen des reichsten Römers in der Gracchenzeit (P. Crassus) ward auf 100 Mill. Sest. (= 22 Millionen Mark) geschätzt, 3 Mill. Sest. (= 685,000 Mark) galt jetzt als mäßiges senatorisches Vermögen; zu Sulla's Zeit hinterließ M. Crassus nach Bestreitung ungeheurer Ausgaben ein Vermögen von 170 Mill. Sest. (= 39 Millionen Mark), und damals zählte man in der Hauptstadt gegen 150 hundertpfündige silberne Prachtschüsseln, während noch nicht 200 Jahre vorher karthagische Gesandte darüber gespottet hatten, daß es in ganz Rom nur Ein silbernes Tafelgeschirr gäbe[3].

Peregrinen aus allen Völkerschaften und Rassen des Erdkreises fanden sich in Rom, Puteoli und Bajae zusammen[4], sie trugen zur Erhöhung des Glanzes der Weltstadt bei. Das Proletariat daselbst, durch die Demagogen künstlich genährt, begann in schreckenerregendem Maße anzuschwellen. Fast alle Barbarenvölker stellten durch Vermittelung der überseeischen Sklavenmärkte ihr Contingent an Sklaven für Italien, und begreiflicherweise steigerte diese Luxussklaverei die socialen Gefahren des Proletariats in unerhörtem Grade. Der allmähliche Uebergang vom kleinen Grundbesitz zu den großen Gütercomplexen heischte Sklavenwirthschaft im Großen[5]. So geschah es, daß den Römern neben der Eifersucht der bis dahin freien Völker Italiens mehr als ein Mal die Widerspenstigkeit der Sklavenmassen lawinenartig anwachsende Gefahr bereitete. Den in der Noth des zweiten punischen Kriegs gebildeten Sklavenlegionen, welche sich unter Tib. Gracchus sen. ausgezeichnet hatten, war von diesem im Namen des römischen Volks Freiheit und Bürgerrecht verliehen worden (214); aber daneben veranlaßten die in Sicilien, Sardinien und Spanien geführten Kämpfe, sowie die Wiedereroberung Capua's (211) und Tarents (209) zahlreichen Massenverkauf der Unterjochten

1) Mommsen R. Gesch. I. S. 565. 674. 676. — 2) Ders. I. S. 685.
3) Ders. I. S. 506. 806. II. S. 402. 410. III. S. 13.
4) Ders. II. S. 401. Voigt D. *jus naturale, aequum et bonum* d. Röm. II. S. 594.
5) Mommsen I. S. 852. II. S. 76.

in die Sklaverei[1]. Die gefährlichen Folgen der Massensklaverei blieben nicht aus. In Apulien wurde (185) „eine im größten Maßstabe angelegte und mit dem Bachanalienwesen sich verzweigende Sklavenverschwörung entdeckt und gegen 7000 Menschen criminell verurtheilt"; zur Zeit des numantinischen Kriegs entbrannte in Sicilien eine Sklaveninsurrection (135—132), welcher nicht lange nachher ebendaselbst eine zweite Erhebung folgte (104—101); weit gefährlicher noch war der vorzugsweise s. g. Sklavenkrieg (73—71), welcher in Mittelitalien selbst ausbrach und nur mit größter Anstrengung niedergeschlagen werden konnte.

Uebrigens bildete der Sklavenstand einen wichtigen Factor des allmählich erblühenden künstlerischen und gewerblichen Verkehrslebens, denn es gab nicht bloß ungebildete Sklaven aus den Barbarenstämmen, welche, nur für niedere Beschäftigungen brauchbar, dem äußeren Glanz der vornehmen Römer zur Folie und den großen Grundbesitzern als Arbeitsinstrumente statt der Maschine dienten, sondern auch feingebildete und talentvolle Sklaven aus den hellenistischen Grenzvölkern, welche griechische Sprache, Kunst und Literatur nach Rom verpflanzten und geschätzte Organe der industriellen und merkantilen Speculation im höhern Styl wurden (vergl. z. B. *fr. 15. § 1. de usufr. 7, 1*).

Literatur ist die Schriftwelt, in welcher eine Nation aus freiem Drange des Selbstobjektivirens ihre innere Geisteswelt abspiegelt: zu einer Literatur in diesem Sinne gelangte Rom erst in der dritten Periode, und auch hier waren die Hellenen die Lehrmeister ihrer Ueberwinder. Zwar schrieben die ältesten namhaften Dichter (Epiker) Rom's, Gn. Naevius aus Campanien († 204 oder 194?) und Q. Ennius aus Calabrien († 169) in lateinischen Versen: bei allen Völkern geht ja die gebundene Rede der ausgebildeten Prosa voran; aber Q. Fabius Pictor (röm. Abgesandter an das Delphische Orakel, 216) und L. Cincius Alimentus (Prätor 210), die ersten Prosaiker der Römer (jener aus patricischer, dieser aus plebejischer Familie), bedienten sich zu ihren in alter Zeit berühmten Geschichtswerken (ausschließlich?) der griechischen Sprache, obgleich diese Sprache zu ihrer Zeit unter Römern noch ein Vorrecht weniger Gebildeter war; nicht die Absicht, das Interesse der Griechen anzuregen, sondern die damalige Unbeholfenheit der lateinischen Sprache bedingte diese Wahl. M. Porcius Cato, welcher erst im Greisenalter († 149) seine *Origines* schrieb, wohl das bedeutendste Werk über die Ursprünge des altitalischen Städtewesens überhaupt, war der früheste Prosaiker der Römer in lateinischer Sprache[2]. — Jener Fabius, welcher der Vater der römischen Geschichtschreibung genannt worden ist, war der jüngere Zeitgenosse des Tib. Coruncanius, welcher der Vater der römischen Rechtswissenschaft genannt werden kann: beide gehören dem Beginn dieser Periode an und leiten sie gewissermaßen ein. Beider Zeitgenosse, der griechische Tarentiner und später röm. Bürger Liv. Andronicus (272—207) schrieb das älteste röm. Schulbuch und begründete das römische Drama; i. J. 240 ward das erste Schauspiel auf der römischen Bühne aufgeführt[3]. Nur allmählich und schwerfällig — sehr erklärlich in einer Nation handelnder Männer — entwickelte sich die römische Literatur, welcher erst Cicero das Gepräge geistiger Frei-

1) Mommsen I. S. 647 ff. 786. 870. II. S. 12 ff.

2) Bähr Gesch. d. röm. Literatur (*ed.* 3. 1845) S. 9—200. Bernhardy Grdrss. d. röm. Literatur (*ed.* 2. 1850) S. 520—579. Nägele Studien üb. altital. und röm. Staats- und Rechtsleben (1849) S. 323—417. Schwegler R. Gesch. I. S. 74—115. Mommsen R. Gesch. I. S. 914.

3) Mommsen I. S. 897.

heit in Form und Stoff gab, eben um dieselbe Zeit, wo auch speciell die juristische Literatur durch das Verdienst des Mucius Scaevola, Cicero's Freund, einen wichtigen Schritt vorwärts in den Raum freien Denkens that.

Mit der Ausbreitung der römischen Bürgerschaft über alle Striche des italischen Gebiets und der allmählichen Aufnahme des größern Theils der italischen Bewohnerschaft in den Rahmen des römischen Bürgerrechts befestigte und erweiterte sich der Begriff des römischen Stammlands. Schon im Anfang dieser 3. Periode, officiell vielleicht zum 1. Mal i. J. 210, als es sich im Senat um die Wahl des Dictator Fulvius handelte (Liv. 27, 5), ward der Begriff des *ager Romanus* dahin formulirt, daß seine Grenzen diejenigen des italischen Continents seien, und seitdem gestaltete sich der Dualismus des italischen und des provinziellen Elements zu einem socialpolitischen Grundsatz der röm. Gesammtwelt, welche wir dann bei Cicero mit dem *Orbis Terrarum* identificirt finden.

Unter den menschenvernichtenden Kriegen der alternden Republik ist es schwer, den Fortschritt der Bevölkerungsziffer[1] zu constatiren, jedenfalls ist er kein ebenmäßiger gewesen. Dies ist gewiß, daß am Anfang dieser Periode, wo noch die alte Volkskraft nicht erschöpft war, und der neue sittenverderbende und familienauflösende Luxus nicht alle Schichten durchdrungen hatte, Rom dem Höhepunkt der Bevölkerungsblüte nahe stand. Wenn es wahr ist, daß zwischen dem 1. und 2. punischen Kriege die Gesammtzahl der zum Waffendienst verpflichteten Italiker fast 800,000 betrug, so kann die damalige Seelenzahl derjenigen des heutigen Italiens schwerlich nachgestanden haben. Bald begann allerdings das Sinken der Volkskraft, und die Sklavenbevölkerung wuchs, wie die freie sank.

## II.

## Die Ausdehnung des Reichs und der Hellenismus.

Daß von den Römern selbst die punischen Kriege als Anfang der Bahn zur Weltherrschaft angesehen wurden, bezeugt Gellius (10, 27), indem er erzählt: *In literis veteribus memoria exstat, quod par fuit quondam vigor et acritudo amplitudoque populi Romani atque Poeni; neque immerito aestimatum; nam cum aliis quidem populis de uniuscujusque reipublicae, cum Poenis autem de omnium terrarum imperio decertatum.* Das Urtheil über diese römische Eroberungspolitik geht noch immer sehr auseinander. Beruhte sie auf nationalem Fanatismus, wie die Türkischen Eroberungszüge einer späteren Zeit? Sicherlich nicht. Es war nicht bloß der Trieb der

---

1) Zumpt bestreitet mit Wallace den Satz, dass die Bevölkerung der alten Welt in der Zeit der Antonine am stärksten gewesen sei, und sucht nachzuweisen, dass die Blüte der physischen Kraft der Völker im Alterthum der Blüte ihrer geistigen Cultur vorangegangen, und dass nach diesem Höhepunkt der physischen Kraft infolge der vernichtenden Kriege und der wachsenden Ehe- und Sittenlosigkeit eine immer grössere Entvölkerung eingetreten sei, die endlich zum Untergang der alten Welt geführt habe. Für Griechenland setzt er jenen Höhepunkt in die Zeit der Perserkriege, für Italien etwa 100 Jahre später in die Zeit, als Rom durch Beilegung des Kampfes zwischen den Patriciern und Plebejern zur inneren Einheit gelangt war. Eine specielle Berechnung der Bevölkerung wagt Zumpt nicht; doch vermuthet er, dass Italien um 225 v. Chr. an Seelenzahl dem heutigen Italien nicht viel nachstand. Es ist die Zeit zwischen dem 1. u. 2. punischen Kriege, als die Römer gegen die Gallier am Po Krieg führten und ein weiteres Vordringen ihrer Feinde fürchteten. Es ist dies die Zeit, welche späteren Röm. Autoren, ebenso wie den Griechen die Zeit der Perserkriege, als Massstab der ehemaligen Kraft Italiens galt. Durch das übereinstimmende Zeugniss der alten Historiker ist erwiesen, dass die Römer mit ihren Bundesgenossen 210,000 Mann damals unter Waffen hatten, und dass die Zahl der zum Waffendienst Verpflichteten 770 bis 800,000 Mann betrug. — Zumpt Ueb. d. Stand d. Bevölkerung u. d. Volksvermehrung i. Alterthum: in d. Abh. d. Berl. Akad. 1841. S. 20 ff. — Vergl. Mommsen R. Gesch. II. S. 403.

Aktion, sondern das Bewußtseyn einer Culturmission, welche Rom nicht rasten ließ. Wir haben u. A. ein unzweideutiges Zeugniß gerade aus der Zeit, wo die römische Politik ihre orientalische Wendung nahm, dafür, was auswärts die halt- und friedlosen Völker von den Römern und deren notorischem Ordnungssinn erwarteten. In den Maccabäerbriefen wird erzählt, daß Judas Maccabaeus (um 160 v. Chr.) gegen die Griechen einen Bund mit den Römern schloß, „denn er hatte von ihnen gehört, daß sie sehr mächtig wären und fremde Völker gerne in Schutz nähmen, die Hülfe bei ihnen suchten, und daß sie Treue und Glauben hielten." „Solchen Ernst zeigten sie gegen alle ihre Feinde, daß sie alle diejenigen bezwangen, die sich wider sie setzten. Aber mit den Freunden und Bundesgenossen hielten sie guten Frieden und hielten Glauben, und waren mächtig und gefürchtet in allen Landen. Wem sie halfen, der ward geschützt und erhalten bei seinem Königreich, welchen sie aber strafen wollten, der ward von Land und Leuten verjagt, und sie wurden sehr mächtig. Und war solche Tugend bei ihnen, daß sich keiner zum Könige machte, es war auch kein König da, sondern der Rath; das waren 320 Männer, die regiereten wohl. Und jährlich erwählte man einen (!) Anführer, der in allen ihren Landen zu gebieten hatte, dem mußten sie alle gehorsam seyn. Und war keine Hoffahrt, Neid und Zwietracht bei ihnen" (1. Maccab. 8). Wir ersehen hieraus: weiter als die Kenntniß der consularischen Verfassung Rom's war das Verständniß seiner Mission gedrungen, die ihm als das Schwert der Obrigkeit von Gott selbst gegeben schien, und aus dem übertriebenen Lob, das höchstens auf das 3., aber nicht mehr auf das 2. Jahrh. paßt, leuchtet das Licht, in welchem der damaligen Völkerbangigkeit das straffe Römerthum erschien: ein in der Dämmerung aufgehender Stern der Ordnung. Man erkannte den Beruf der Römer zum allgemeinen Wächteramt, die unwiderstehliche Kraft ihres Armes und die vertrauenswerthe Festigkeit ihres Wortes. In der That, wenn wir das erobernde Vorgehen Rom's vergleichen mit dem Benehmen der anderen bekannten Staaten untereinander, mit ihren durchlöcherten Bündnissen und willkürlichen Befehdungen, wenn wir blicken auf die zwischen Makedonien, Asien und Aegypten so oft ohne Ursach' und selbst ohne Vorwand geführten Kriege, wo Mächte gegen Mächte losbrachen und die großen die kleinen überraschten und vertilgten, „eben wie die großen Fische die kleinen fressen"[1]: da macht die Politik der Römer trotz ihres Egoismus den Eindruck der Civilisation, die Trost- und Bodenlosigkeit des Ostens trotz hellenistischer Tünche den Eindruck moralischer und politischer Barbarei. Die interessanteste kulturgeschichtliche, auch für die Rechtsgeschichte wichtige Erscheinung in dieser Entfaltung der römischen Herrschaft ist das Verhältniß des Hellenismus zu Rom.

Noch in der Mitte der vorigen Periode verhalten sich Rom und Hellas äußerlich ganz indifferent zu einander; es ist kaum, als wüßten sie von sich etwas, wenn nicht hier und da berichtet würde, daß von Rom Gesandtschaften nach dem Lande der sacralen Autorität und der legislativen Bildung gegangen seien. Während der Halbhellene Alexander Magnus Griechenland und den Orient erobernd ein Weltreich aufrichtet, ist Rom in Kämpfe um seine Existenz und um die Hegemonie Italiens gegenüber den Samniten verstrickt. Wie verschieden ist das Gepräge beider Erscheinungen der doppelten Weltbühne! Keine Spur herüber und hinübergehender Fäden des politischen Lebens ist be-

1) Vergl. Mommsen R. Gesch. I. S. 698—701. 704. 708. 770. 814. 816.

merkbar. Und nun in der gegenwärtigen Periode? Der Hellenismus wird da mit zur Signatur der Zeit, Rom tritt ein in das aus der Diadochenzeit resultirende hellenistische Staatensystem, und schon am Ende dieser Periode ist es der anerkannte Mittelpunkt dieses Systems. Die Herrscherin des Erdkreises ist die Erbin der alexandrinisch-hellenischen Welt geworden, und der Geist dieser geht allmählich in sie über.

Unter den Knotenpunkten des damaligen Weltverkehrs stehen neben Rom namentlich Massilia, Alexandria, Antiochia, Ephesus, Byzanz und eine Zeit lang Korinth, lauter Hellenistenstädte, neben welchen etwa Delos im Osten, Puteoli in Italien und Carthago Nova in Hispanien noch genannt werden können. Von jenen wurden in unablässiger Strömung griechischer Geist und orientalischer Luxus nach dem Westen verbreitet, und Rom war selbstverständlich die Centralstätte dieser lockenden und zugleich schlaff machenden Propaganda. Der aus Euripides und Menander geistig abgezogene kosmopolitische Hellenismus drang durch mancherlei Canäle in das Römerthum ein; T. Flamininus (194), Fulv. Nobilior (187), L. Aemil. Paulus (167) füllten die öffentlichen Gebäude Rom's mit den Meisterwerken des griechischen Meisels [1].

Es ist eine der reizendsten Scenen im Drama der Weltgeschichte, wie die röm. Staatsmänner dem wetterwendischen und reizbaren Temperament der hellenischen Staatenwelt eine Geduld und Großmuth entgegenbringen, welche durch Nichts außer Fassung kommt [2]. Wie der stolze, selbstbewußte, thatkräftige Mann um das zarte, schwanke und anmuthige Weib wirbt, so müht Rom sich um den Zauber, der über das Vaterland der Helena ausgebreitet lag. Die Freierklärung der Hellenen durch Flamininus gleicht einem olympischen Mythus mitten im Schatten barbarischer Vernichtungskriege, und ist die Huldigung des Ares, welcher eben von der Besiegung des Makedoniers kommt, um die Trophäe der Völkerfreiheit der hellenischen Aphrodite zu Füßen zu legen. Unter demselben Gesichtspunkt werden wir auch geneigt seyn, mild zu urtheilen über die sonst abenteuerliche Art und Weise, wie die Römer sich den Proceß innerlicher Annäherung ihres Wesens an den Hellenismus formulirten oder formuliren ließen. Schon Ennius, von Sueton als Semigraecus bezeichnet, hatte sich von Einmischung hellenischer Ideen und Traditionen, die besonders in den ersten Büchern seines annalistischen Epos erkennbar sind, nicht frei gehalten. Es konnte den Römern, als sie sich neben den Hellenen und gegenüber den barbarischen Völkern Nordeuropa's und Afrika's sahen, nicht entgehen, daß sie mit den ersteren durch ein besonderes Band ethnischer Verwandtschaft zusammenhingen. Als die Römer durch einen glücklichen Kriegszug die illyrische Piraterie vernichtet und eine Anzahl hellenischer Städte befreit hatten (229), wurden sie von den Hellenen zu den isthmischen Spielen und den eleusinischen Mysterien feierlich zugelassen und so aus „Barbaren gleichsam zu Hellenen" erklärt. Auch griechische Geschichtsschreiber kamen dann den Römern vielfach entgegen. So schrieb Dionys. von Halikarnaß (7 v. Chr.), die Römer seien hellenischen Bluts, sie hätten sich schon in alter Zeit hellenischer Schriftzeichen bedient und sprächen eine halbhellenische Sprache, Rom sei eine hellenische Stadt, wie selbst aus den röm. Spielen zu erkennen sei (I, 4. 89. 90; IV, 26; VII, 70), und weitläufig setzte er (I, 61) auseinander, daß die Römer wegen ihrer troischen

1) Mommsen R. Gesch. I. S. 950. 956. — 2) Ders. I. S. 725. 729. II. S. 43. 45. 48.

Beimischung als Hellenen anzusehen seien[1]. Dies ist überhaupt der Sinn der Lavinischen Aeneassage.

Rom folgte zunächst der Neigung vieler italischer Städte, ihren Ursprung an Figuren der griechischen Mythologie und besonders des troischen Heldenkreises anzuknüpfen. Der Name des Diomedes, des Ulysses, des Philoktet taucht in den Gründungssagen italischer Städte häufig auf, und mancher Ort galt als troische Ansiedelung[2]. „Ueber Rom's vermeintlichen Zusammenhang mit Troja ist Timaeos auf Sicilien, der sein Geschichtswerk i. J. 262 schloß, der erste vollgiltige Zeuge, unter den Römern selbst aber der Dichter Naevius der älteste Zeuge dafür, und zur Zeit des ersten punischen Kriegs muß der Glaube an die troische Abstammung des röm. Volks schon sehr festgewurzelt gewesen seyn, da von dieser Zeit an officieller Gebrauch davon gemacht wird... Dem König Seleucus sagten die Römer Freundschaft und Bundesgenossenschaft nur unter der Bedingung zu, daß er den Iliern, den Blutsverwandten des röm. Volks, alle Abgaben erlasse. Besondere Veranlassung zur Ausmalung der Aeneassage gab das Emporkommen der Julier. Cäsar gedachte sogar, wie wenigstens das Gerücht behauptete, den Sitz des Reichs nach Ilium zu verlegen. Er beschenkte die Ilier mit Land und Abgabenfreiheit“[3]. So war die vielleicht von Cumae her importirte Sage trotz ihres künstlichen Ursprungs zum Staatsglauben der Römer erhoben worden. Viele vornehme Familien, so die Caecilier, Mummier, Junier, führten ihr Geschlecht auf Genossen des Aeneas, die Aemilier und Julier auf Aeneas selbst zurück, ja den dynastischen Hoffnungen Caesars mußte diese aeneadische Abstammung zur Verleihung des Nimbus ehrwürdiger Legitimität dienen[4]. Als Trojersöhne fühlten sich die Römer den Hellenen verwandt und ebenbürtig, dem Orient und seiner glänzenden Cultur genähert und schließlich zur Oberherrschaft über die civilisirte Welt beglaubigt[5].

## III.

### Die Stände. Nobilität und Ritterschaft[6].

Bei den Römern hat immer die Ständegliederung und Ständeauflösung in engster Verbindung mit dem Gange der politischen Entwickelung gestanden. Der Gegensatz von Patriciat und Plebs hing an der Geschlossenheit der alten sacralen Rechtsordnung und dem Curiensystem. Schon die Servianische Centurienverfassung milderte durch Gewährung eines Stimmrechts an die Plebs den Gegensatz; aber erst durch die politische Gesetzgebung von der *lex Valeria Horatia* an bis zur *lex Ogulnia* und *lex Hortensia* ward der Gegensatz beseitigt, und es kam infolge der *lex Licinia Sextia* allmählich in der s. g. Nobilität eine neue Kategorie zur Entstehung[7], welche als die Erbin des alten Patriciats angesehen werden kann. Die Gesammtheit der patricischen und plebejischen Familien, aus denen Mitglieder die höchste Magistratur bekleidet hatten, bildete nun einen durch das *jus imaginum* auch äußerlich

1) s. Schwegler Röm. Gesch. I. S. 99. — 2) Ders. I. S. 310. — 3) Ders. I. S. 305.
4) Ders. I. S. 16. 335. — 5) Mommsen I. S. 471—3.
6) Literatur s. Lange II. § 92. S. 14. Ausserdem E. Belot *Histoire des chevaliers Romains consid. dans ses rapports avec les différ. constitutions de Rome depuis le temps des rois jusqu'au temps des Gracques.* (*Par.* 1866).
7) „Wer, wenn auch nur ein Jahr hindurch, eine königliche Gewalt über das Volk ausgeübt und als Repräsentant desselben mit den Göttern verkehrt hatte, dem haftete Zeit Lebens eine allgemein anerkannte Würde an, welche noch so grosse persönliche Tüchtigkeit nicht verleihen konnte. Ja diese Würde ging, den nationalen Vorstellungen von dem Verhältnisse der Familie zum Individuum gemäss, auch auf die Söhne und Nachkommen des Erwählten über.“ Lange Alterth. II. § 91 z. A.

gekennzeichneten Gegensatz zu den übrigen Familien, zu der unausgezeichneten Menge, Plebs im neuern Sinne[1]. Der Senat war gewissermaßen das Organ des neuen Standes, welcher zuletzt nahe daran war, das ganze Staatsregiment oligarchisch zu gestalten[2]. Es ist freilich dazu ebensowenig gekommen, wie dazu, daß der Amtsadel ein Erb- oder Geburtsadel im vollen Sinne geworden wäre; und daß dies verhindert und eine gewisse Flüssigkeit der Standesgrenzen erhalten wurde, ist namentlich auch durch die ritterschaftliche Standesformation bewirkt worden, welche sich gleichfalls im Zusammenhange mit politischen Neuerungen vollzog.

Die Centurienverfassung stellte eine Region des Bürgerthums dar, unter und über welcher besondere Schichten entstehen konnten. Proletarier waren diejenigen Bürger, die unter der Classenordnung standen; die Veränderungen in Betreff ihrer hingen mit dem Soldwesen zusammen[3]. Ebenso bildete sich eine über den Classen rangirende Schicht in den Rittern, im Sinne eines Standes, welcher sich von den Reitern des alten Militärwesens und auch von der Nobilität als solcher unterschied. Der Ausgangspunkt dieser Entwickelung ist vielleicht die neue Heeresordnung des Camillus gewesen, welcher den besoldeten Reiterdienst mit *equi privati* einführte. Schon Valerius Poplicola hatte durch Verleihung von *equi publici* an 400 Plebejer einen Reiterdienst neben den alten Servianischen Reitercenturien eingerichtet; weiter ging Camillus, welcher behufs militärischer Stärkung eine Pflicht zum Reiterdienst allen höchstbegüterten Bürgern auferlegte. Durch den *census equester* (von 100,000 As oder 400,000 Sesterzen) wurde gewissermaßen eine oberste Rangclasse in der Bürgerschaft geschaffen, welche neben oder vielmehr über dem alten Classensystem bestand, und in welcher (die reichen) Patricier und Plebejer sich ebenso, wie in der Nobilität, zusammenfanden[4]. Nicht leicht gelangten nunmehr Andere, als dieser Rangclasse Angehörige in die Reitercenturien, zum *summum imperium* und folglich zur Nobilität, sowie in den Senat, und so stellte sich der weitere Kreis der Höchstbesteuerten als eine bürgerliche Stufe zwischen die Nobilität und die Menge, und nahm das Gepräge eines Standes an[5]. Politische Anerkennung fand diese Standesformation eigentlich erst durch Uebertragung der Richterqualität auf die Mitglieder des Ritterstandes; aber schon seit der Zeit des Appius Claudius Caecus, als das staatliche Pachtungssystem bei den immer großartiger werdenden öffentlichen Bauten sich zu entwickeln anfing, und unter dem Einflusse der in der Censur des Q. Fabius inaugurirten Reaction wider das Appische Comitiensystem trat die sociale Bedeutung des Ritterstandes im weitern Sinne her-

1) „Dass der gentilicische Namenszwang für die Plebejer nicht rechtlich von Haus aus bestand, folgt nicht bloss daraus, dass der gentilicische Verband sie überhaupt nicht einschloss, sondern es wird auch von jenen Decreten, die einzelne Vornamen gewissen Geschlechtern untersagten, ausdrücklich und wiederholt bemerkt, dass sie sich nur auf die patricischen Gentilen bezogen. Aber die ganze Entwickelung des Plebejerthums besteht in dem allmählichen Ansichnehmen der patricischen Reservatrechte, mit welchen die adeligen Freiheitsbeschränkungen bis zu einem gewissen Grade unzertrennlich verknüpft waren. Die Neubürgerschaft, namentlich die plebejische Nobilität hat in allem Uebrigen sich nach dem Muster der Altbürgerschaft gleichsam in Geschlechter constituirt und ihr Erbrecht nach der patricischen Agnation und Gentilität gestaltet, obwohl beide Begriffe nach ältestem Recht auf Plebejer sicher keine Anwendung litten. Es war nur folgerecht, auch die patricische Namenordnung in der Art auf die Plebs zu übertragen, dass die plebejische Quasi-Gens so gut wie die wirkliche patricische, sich nicht bloss einen geschlossenen Kreis von Vornamen setzte, sondern diese auch ausschliesslich aus jenen 15 allgemein gültigen auslas; und so finden wir es." Mommsen Röm. Forschungen (Berl. 1864) S. 27—29.

2) Lange II. § 91 a. E. und § 92 a. A. — 3) Vergl. Cursus § 118. 119.

4) Lange II. § 92. (S. 19).

5) Lange (S. 20) zeichnet den Etagenbau so: „Die gewesenen Magistrate waren die Elite der Nobilität und des Senats, die Nobilität mit dem Senate war die Elite der *equites equo publico*, diese waren die Elite der Inhaber des *census equester*, und diese wiederum waren die Elite der übrigen Bürgerschaft, zunächst der ersten Classe."

vor[1]. Verstärkt ward diese Bedeutung dann durch das Wachsthum der materiellen Interessen, den Aufschwung des römischen Handels und die im Dienste des Handels stehende und sich steigernde Macht des Kapitals, welche den Ritterstand als Kapitalistenstand erscheinen ließ. Aus ihm gingen die Staatspächter und Staatspächtergesellschaften hervor; er wagte es, alte Vorrechte der *Nobiles*, bez. der Senatoren, z. B. den *aureus anulus*, die *toga praetexta* der Söhne, auf sich zu übertragen. Die zwei Scheffel Ringe von Senatoren und Rittern in der Schlacht bei Cannae bezeugen diese Entwickelung des Ritterstandes, welche den Revers darstellt zu dem Bilde des befestigten Nobilitätsregiments[2]. Anderseits führte gerade diese Verschlingung des „Industrieritterthums" mit Handel und Speculation zu einer Scheidung zwischen diesen *Equites* und den *Nobiles*. Ein Ausdruck dieser Scheidung ist wohl in der berühmten *lex Claudia* zu finden, welche um d. J. 220 v. Chr. vorschrieb: *ne quis senator cuive senator pater fuisset, maritimam navem, quae plus quam trecentarum amphorarum esset, haberet*, woran sich „das später als bestehend erwähnte Verbot der Betheiligung an Lieferungsgeschäften der Publicanen" geknüpft haben mag[3]. So sollte das Ineinanderfließen der beiden Kreise: Nobilität und Ritterstand, verhütet werden.

Als auf die glänzende Actionszeit der Nobilität nach dem zweiten punischen Kriege endlich eine Zeit der oligarchischen Exclusivität und Erstarrung folgte, ward der Ritterstand zur Basis für die Angriffe der Volkspartei auf jenes Regiment. In der Gracchischen Revolution gelang mit der *lex Sempronia judiciaria* der entscheidende Schritt, durch welchen der Ritterstand in Besitz der Richterfunctionen kam und mithin eine staatsrechtliche Stellung erhielt[4].

Nachdem durch die Jugurthinischen Bestechungen das Ansehn der Nobilität ihren Hauptstoß erhalten hatte, konnte C. Marius als Vertreter der Volkspartei und des Ritterstandes zugleich entscheidende Schläge gegen jene ausführen. Der Kampf der Optimaten und Popularen wogte mit wechselndem Erfolge. Auf den Bundesgenossenkrieg folgten die Bürgerkriege, auf die Herrschaft der Marianer die Restauration des Sulla. Die alten Standesgegensätze verloren sich in der allgemeinen Auflösung der öffentlichen Zustände und im Widerstreite politischer Parteien, welche sich je nach den Situationen und Interessen des Augenblicks wandelten, mehr und mehr um hervorragende Persönlichkeiten gruppirten und durch sie mehr als durch Staatsprincipien bestimmen ließen. Wie das Patriciat hinter der Nobilität zurückgetreten war, so bildete sich infolge der Maßregeln des Augustus ein Senatorenstand aus, welcher an die Stelle der republikanischen Nobilität trat.

## IV.

### Die Centurienreform.

Es waltet über den Anfängen der 3. Periode ein eigenthümlicher Unstern (Verlust der 2. Decade des Livius!). So bedeutend der Umschwung ist, welchen in dieser Zeit das römische Leben theils nachweisbar, theils vermuthlich erfuhr, dennoch ist die rechtsgeschichtliche Doctrin immer verhältnißmäßig theilnahmlos an diesem Wendepunkt vorübergeeilt, und nun,

---

1) s. Lange II. § 98. S. 81—84. — 2) *Flor.* 2, 6, 18. Lange § 103. S. 142.
3) *Liv.* 21, 63; *Ascon.* 94; *Dio Cass.* 55, 10. — Lange II. § 103 (S. 141—4).
4) Lange III. § 138 (S. 39).

da wir uns entschließen, hier Halt zu machen, müssen wir uns gestehen, wie schwankend der Boden ist, auf welchem wir Halt machen. Wieviel Wolkenschatten schwebt noch über dem von hier sich ausdehnenden Gefilde der römischen Provinzialwelt, über dem Begriff der *provincia,* über der Erweiterung und Umgestaltung dieses Begriffs, über den Anfängen und der Entwicklung der neuen Institution der *prorogationes imperii!* Welche Unvollständigkeit der Einsicht in den complicirten Receptionsproceß des *jus gentium* verdunkelt hier unsern Umblick! Welche Zweifel bestehen noch über das Auftreten der processualen *formulae* und die Zeit der *lex Aebutia!* Und ebenso überkommt uns ein Gefühl der Unsicherheit, wenn wir vor die Frage treten, in welchen Zeitpunkt das wichtigste Ereigniß der Comitiengeschichte in den letzten Jahrhunderten der Republik fällt.

*A.* Die Zeit der Centurienreform anlangend, so ist zunächst zu berücksichtigen, daß nach der Bemerkung des Dionysius (4, 21) die Reform eine entschieden demokratische Tendenz hatte, und daher von den aus der Nobilität hervorgehenden Censoren schwerlich früher zugelassen, bez. ins Werk gesetzt wurde, als nachdem die alte aristokratische Classenordnung aufgehört hatte, für die Nobilität einen besonderen Werth zu haben; diesen Werth aber verlor die Servianische Classenordnung erst seit der *lex Hortensia* (287 v. Chr.), wodurch die legislative Competenz der Tributcomitien derjenigen der Centuriatcomitien völlig gleichgestellt wurde. Hiermit stimmt, daß Livius (10, 22) noch für d. J. 296 v. Chr. die Prärogative der Reitercenturien, deren Beseitigung ein Moment der Centurienreform war, als bestehend erwähnt, und daß Livius und Dionysius in den Schilderungen des 4. Jahrhunderts v. Chr. nirgends dieser Reform gedenken. Die erste Dekade des Livius reicht bis zum J. 262, seine dritte Dekade aber beginnt mit d. J. 218, und in dieser wird die Reform als Thatsache vorausgesetzt[1]. Die Zeit derselben muß also in den Zeitraum, dessen Schilderung in der 2. Dekade enthalten war und uns verloren gegangen ist, fallen.

Einen fernerweiten Anhalt gewährt die gelegentliche Erwähnung der Reform bei Livius (1, 43), indem dieser angibt, sie sei *post expletas quinque et triginta tribus* (241 v. Chr.) erfolgt. Es liegt nahe, diese Worte einfach dahin zu verstehen, daß die Reform alsbald (nicht lange) nach der Erfüllung der höchsten Tribuszahl erfolgt sei; ja es liegt nahe, anzunehmen, daß beide Momente, die Erhöhung der Tribuszahl auf 35 und die Centurienreform, in Zusammenhang standen, indem die Reform in einer Verbindung des Tribussystems mit dem Classensystem bestand, und daher, seitdem sie geschehen, eine Veränderung der Tribuszahl das combinirte Tribus-Centuriensystem gestört haben würde. Unter den Censuren nun, welche während der Zeit 241 bis 218 überhaupt in Frage kommen könnten — die des Aurelius Cotta und Fabius Buteo (241) und die des Flaminius und Aemilius Papus (220) — meint Lange[2], sei die erstere wahrscheinlich als die Schöpferin anzusehen. Die Reform würde hiernach gerade am Beginn unserer Periode stehen.

*B.* Den Modus der Reform anlangend, so ist bemerkt worden, aus Dion. 4, 21 ergäbe sich, daß die Centurien in der neuen Ordnung nicht in Wegfall kamen, sondern eine Eintheilung blieben, und daß die Aufrufung der Centurien geändert wurde. Hiermit stimmt es überein, wenn aus verschiedenen Stellen des Cicero, Livius und Gellius entnommen wird, daß die Einthei-

1) *Liv.* 24, 7—9; 26, 22; 27, 6. — 2) R. Alterth. II. § 123 (S. 432).

lung in *centuriae seniorum* und *juniorum*, sowie die Unterscheidung der Servianischen 5 Classen auch in dem reformirten System statthatten, und daß in demselben eine durch jedesmalige Ausloosung bestimmte Centurie (die s. g. *centuria praerogativa*, oder schlechthin *praerogativa* genannt) bei den Abstimmungen voranging. Außerdem ist aus Liv. 1, 43 speciell zu entnehmen, daß in dem neuen System die Tribuseintheilung mit der Centurienordnung combinirt, d. h. in irgend einer Weise auf sie übertragen wurde, und zwar so, daß fortan die Centurien als organische Abtheilungen der Tribus erschienen, die einzelne Centurie nach der Tribus, zu welcher sie gehörte, bezeichnet wurde, daß hier die Tribuszahl durch Theilung der *seniores* und *juniores* eine Art Verdoppelung (70 Tribushälften) erfuhr, und daß die Zahl der Centurien jetzt eine andere war, als vorher. Zudem ergibt sich aus *Cic. pr. Planc. 20,* daß die Centurien zu Abtheilungen der Tribus wurden.

Zu diesen Momenten in Verbindung mit dem Umstande, daß die Reform im demokratischen Sinne der Zeit erfolgte, paßt nun am besten die zuerst von Octavius Panthagathus[1] im 16. Jahrh. aufgestellte Meinung, das Tribusprincip sei in der Weise auf die Centurienordnung übertragen worden, daß in jeder der 35 Tribus zwei Mal fünf = 10 Centurien unterschieden wurden und folglich statt der Servianischen Zahl von 170 *centuriae peditum* nun 350 solcher Centurien bestanden. Auf diese Weise ordnete sich die Abstimmung in den neuen Centuriatcomitien nach den 35 feststehenden Tribus, einschließlich der 4 *tribus urbanae,* aber innerhalb jeder Tribus stellten sich die 5 Classen in zwei Reihen als *seniores* und *juniores,* folglich je 10 Stimmkörper dar; nur innerhalb der einzelnen Tribus kam das Classenprincip zur Geltung, und der Vorzug der Wohlhabenderen vor den Unbemittelten beschränkte sich nun darauf, daß die wenigen Theilnehmer der ersten Classe ebenso viel Stimmgewicht, als die größere Anzahl der zu einer anderen Classe Gehörigen hatte; nicht mehr die Uebereinstimmung der unter die 35 Tribus vertheilten ersten Classe, sondern überhaupt nur die Uebereinstimmung von 3 Classen (aller 35 Tribus) erzielte eine Majorität.

Die Ausloosung der voranstimmenden Centurie scheint auf den Kreis der Centurien erster Classe beschränkt gewesen zu seyn, so daß weder die Rittercenturien, noch die 4 unteren Classen dabei concurrirten. Uebrigens ist anzunehmen, daß sowohl die 18 Rittercenturien, als auch die 4 Centurien der Werk- und Musikleute, und die *centuria capite censorum* in und bez. neben der neuen Ordnung fortbestanden, so daß hiernach die Gesammtzahl der Centurien oder Stimmkörper 350 + 18 + 4 + 1 = 373 betrug, welche der alten Gesammtzahl von 170 + 18 + 4 + 1 = 193 Centurien gegenübersteht.

In der Prärogative der Centurien erster Classe, in der Beibehaltung des Classenunterschieds, der Rittercenturien und der Unterscheidung der *centuriae seniorum* von den *centuriae juniorum* sind noch aristokratische Züge zu erkennen, durch welche auch die neuen Centuriatcomitien sich von den eigentlichen Tributcomitien unterschieden und in ihnen das reine Massenübergewicht verhütet wurde: ein Gedanke, welchem Cicero (*de leg. 3, 19*) in den Worten Ausdruck gegeben hat: *descriptus populus censu, ordinibus, aetatibus plus adhibet ad suffragium consilii, quam fuse in tribus convocatus.*

*C.* Es sind späterhin, in den letzten Jahrhunderten der Republik, noch Veränderungen in der Stimmeinrichtung der Tribus und Centurien vorgenom-

1) Vergl. Gerlach Histor. Studien I. S. 345 ff. Becker-Marquardt Alterth. II. 3. S. 9. Lange Alterth. II. § 123 (S. 439).

men worden. Solches deutet z. B. Liv. 40, 51 an; von Sulla erzählt Appian (*bell. civ. 1, 59*), er habe die Absicht gehabt, das System der Servianischen Centurien wieder herzustellen. Ueber die Bedeutung der späteren Veränderungen gehen die Ansichten gleichfalls auseinander; die Nachrichten sind äußerst spärlich und ungenau, was sich aus der Unbedeutendheit des Einflusses erklärt, welchen überhaupt die Centurienreform auf die politische Geschichte Rom's gehabt hat. Ausführlich verbreitet sich über den Modus der Reform Plüß[1], welcher dieselbe zwar mit den meisten Neueren in d. J. 241 v. Chr. setzt, aber in Uebereinstimmung mit der Niebuhr-Puchta'schen Ansicht den Wegfall der Classen und der Ritter- und Nebencenturien annimmt, und die demokratische Tendenz der Reform verneint. Außerdem unterscheidet er drei Perioden der Reform: 1. Periode 241—179: Jede Tribus zerfällt in 2 Centurien (eine der Alten und eine der Jungen), also 70 im Ganzen; 2. Periode 179—86: Die 70 Centurien sind Unterabtheilungen der 35 Tribus, die nun unabhängig von den localen Tribus als besondere Stimmtribus formirt werden; 3. Periode vom Bundesgenossenkrieg, bez. Sulla bis Augustus: Diese 70 Alterscenturien seien wieder als Abtheilungen der Lokaltribus eingerichtet worden, infolge des Eintritts sämmtlicher Italiker ins römische Bürgerrecht.

## V.

## Die Restauration durch Sulla.

*A.* Von der Gracchenzeit an ist der römische Staatsorganismus in einer wogenden Bewegung begriffen, welche so tief ging, daß sie entweder den Untergang oder doch eine bedeutende Umgestaltung der Republik herbeiführen mußte. Gaius Sempronius Gracchus, L. Cornelius Sulla und C. Julius Caesar sind die drei Persönlichkeiten, in welchen sich die drei Stufen dieser Bewegung zusammenfassen: der jüngere Gracchus, welcher das Volkstribunat auf die Spitze treibt, ein „hauptstädtisches Bürgerproletariat" schafft, den staatsrechtlichen Vorzug Italiens vor der überseeischen Welt erschüttert, dem neuen Ritterstand eine rechtliche Basis verleiht und den Senatseinfluß im Regierungsplan bricht, — Sulla, welcher dem gestörten Staatswesen mitten im Strome der Agitationen und Reformen noch einmal in Anknüpfung an die alten nationalen Principien einen Schwerpunkt zu sichern versucht (i. J. 81) — Caesar, welcher die *disjecta membra rei publicae* in seiner Person vereinigt, um sie auf ein ganz neues Fundament mit ausgeprägt monarchischer Perspektive zu versetzen.

Was keinem dieser Männer gelingen konnte, weil weder der Mann selbst, noch die Zeit überhaupt dazu reif war, das gelang dem Octavian, in welchem sich die Gunst der Umstände mit so viel Maß, Ausdauer, Klugheit und Schöpferkraft vereinigte, daß die rettende Formel gefunden und ein neuer Lebensodem geschaffen wurde. Drei Jahrhunderte erhält sich das großartige Augustische Staatssystem; die antike Kulturwelt feiert in ihm ihren Nachsommer, die letzte Stufe der Classicität kommt da zur Erscheinung.

Sulla und Caesar ragen unter den Gestalten des Uebergangs mächtig

---

1) Entwickelung d. Centurienverfass. i. d. beiden letzten Jahrhh. der Röm. Republ. (1870). Dazu Clason i. d. Heidelberger Jahrbb. d. Lit. 1872. S. 221—237.

hervor[1]; von ihnen führt die geradeste Linie auf den Regenerator des *Orbis Romanus,* der mit Recht den Namen Augustus κατ' ἐξοχήν trägt. Wenn wir aber diese drei Gestalten in Eine Linie stellen und die neue Regentschaft vergleichen mit der alten des *Regnum,* so stellen sich die Namen des Ancus Martius, Tarquinius Priscus und Servius Tullius daneben, und es ergibt sich eine lehrreiche Parallele[2]. Gleichwie die Thaten jener drei (tyrannischen) Regenten[3] zu einer neuen Heerverfassung führten, welche die Gestalt eines „dyarchischen" Staatswesens annahm: so ersteht auch aus den bürgerlichen Wirren der alternden Republik ein neues Heerwesen, mit dessen Bausteinen Augustus seinen gewaltigen Neu- und Umbau ausführt und wieder eine „dyarchische" Staatsordnung gründet. Der Unterschiede zwischen jenem alten und diesem neuen System bleiben freilich genug, auch wenn wir noch hervorheben, daß beide Schöpfungen ein tyrannisirender Zug durchweht, mit der politischen eine sociale Arbeit dort und hier zusammengeht, und beide Umgestaltungen sich gleicherweise unter fremdländischen Einflüssen vollziehen. Denn die Servianische Wehrverfassung ist auf Offensive, die Augustische auf Defensive berechnet; jene vollendet den Republikanismus, diese leitet den Monarchismus des Staatswesens ein.

Der Vergleich ist verkehrt, welcher den Augustus mit dem Romulus zusammenstellt, denn Augustus legt nicht eine absolut neue Basis; dies bleibt dem Diocletian vorbehalten, welcher an die Stelle des römischen ein vollständig neues, kosmopolitisches, universelles System setzt. Vielmehr ist der Regent Augustus mit dem Regenten Servius Tullius zusammenzustellen, indem beide einen Neubau aufführen und diesen so weise mit dem bisherigen Staatsbau verbinden, daß alle Functionen des öffentlichen Lebens (relativ) gesunden und zu neuer Entfaltung kommen: beide eben darin ächte Römer, daß sie nicht Abbruch- und Neubau beliebten, sondern den Neubau unter Wahrung des bisherigen aufführten, und daß sie sich um (nachträgliche) Legalisirung ihrer Neuerungen bemühten. Geht nun von diesem festen Vergleichungspunkte aus unser Blick rückwärts, so treten ganz von selbst Tarquinius Priscus und Caesar, Ancus Martius und Sulla neben einander; nicht als hätten sich diese Späteren jene Früheren bewußt zum Vorbild genommen, sondern weil in diesen Personen sich große Entwickelungsstufen im dialektischen Bewegungsprocesse des Römerthums darstellen und ein inneres Gesetz römischer Lebensconsequenz sich auswirkt. Gleichwie Tarquinius den Versuch macht, den Rahmen der alten Ordnung zu sprengen, aber dieser Versuch am Fels römischer Art und Tradition scheitern muß: so scheitert auch Caesar mit seinem revolutionären Plane, die Republik unter den Trümmern des senatorischen Regiments zu begraben. Und gleichwie Ancus, der erste unter den tyrannisirenden Regenten, den Staat noch ganz im alten Rahmen hält, aber zugleich in der Heranziehung der Plebs eine neue Aera vorbereitet: so hat auch Sulla unternommen, den Staat noch einmal auf die rein republikanischen Füße zu stellen, die freilich zu altern und zu wanken begannen, aber zugleich kündigt sich in

---

1) Ich kann die Bewunderung nicht unbedingt theilen, welche Mommsen (R. Gesch. II.) dem rachgierigen Gaius Gracchus zollt: er war ein unreifes und doctrinäres Genie, welches zu jung war, um das Maass seiner Zeit und seiner eignen Kraft zu verstehen. Was er in der Reife der Jahre hätte werden können, wissen wir nicht. Neue Gedanken werden immer irgendwo zum 1. Mal ausgesprochen, aber nicht ihr Aussprechen, sondern ihr Verstehen und ihre Erhebung in die Sphäre der Realitäten macht den grossen Mann. Erst August hat geschaffen, was Gracchus geahnt hat.

2) s. Cursus § 70. Excurse (*ed.* 2.) S. 78–80.

3) Ob weiter auch Tiberius, der dialektische Despot, vergleichbar ist mit Tarquinius Superbus, welcher die letzten Consequenzen der tyrannischen Regentschaft zog, bleibe hier dahingestellt.

der Sullanisch-Marianischen Zeit der neue Militarismus an, welcher sich vom Bürgerthum loslöst und in den Militärcolonien die dann von Augustus ausgebaute Straße signalisirt. Was ich von Ancus sagte[1], daß er, der Vorläufer des Servius, rück- und vorwärts weise, das kann ebenso von Sulla gesagt werden.

Sulla ist unter allen, durch die wogende Fläche der Revolution in die Höhe getragenen Männern der einzige, welcher genial und besonnen zugleich das Staatsschiff wieder in eine geordnete Bahn zu steuern und als siegreiches Parteihaupt doch so viel römische Selbstverleugnung zu üben verstand, um seine Person hinter die des Staats zu stellen und seine Machtfülle nicht zum Umsturz, sondern zur Rettung des Bestehenden zu verwenden. Wer mag ohne Prophetenthum sagen, ob es ein Irrthum war, daß Sulla meinte, die republikanischen Kräfte des Römerthums so weit wieder anfrischen und beleben zu können, daß mit ihnen noch ein Mal eine Staatsordnung im alten Styl für Jahrhunderte gelingen könne; ein genialer Griff war es jedenfalls, den Sulla, der Perikles Rom's that, als er die beiden Cardinalabnormitäten des römischen Staatswesens, das Volkstribunat und das Proconsulat, welche über ihr natürliches Bett weit hinausgetreten waren, wieder in dieses bannte. Das, woran schließlich die Republik zu Grunde ging, hat Sulla auf ein Minimum der Gefährlichkeit reduciren wollen. Damit hat er sich noch ein Mal in den Centralpunkt des Römerthums gestellt und von da aus die Peripherie des Staatswesens einer Correktur unterworfen, die vielleicht, wenn nicht Pompejus und Caesar gefolgt wären, hätte heilbringend seyn und für geraume Zeit ausreichen können.

*B.* „Als Sulla von Asien aus über Griechenland nach Italien zurückkehrte (83 v. Chr.), konnte er auf Thaten hinweisen, die zu den größten der röm. Geschichte gehören. Als ein Jahrhundert früher Antiochus auf dem Wege nach Italien in Griechenland einbrach, hatte er zwar Hannibal auf seiner Seite, aber die griechische Bevölkerung gegen sich. Jetzt hatte sich der Orient mit Griechenland verbündet. Die asiatischen Griechen hatten das entsetzliche Blutbad unter den Römern und Italern angerichtet, das durch die Masse der Erschlagenen, durch die verrätherische Art des Ueberfalls ohne Gleichen war. Der Abfall der reichsten Provinz des röm. Reichs in dem Augenblick, als in Rom der Bürgerkrieg, in Italien der Bundesgenossenkrieg (91—88) wüthete, war ein Stoß, der nach dem Herzen Roms gezielt war. Als Ephesus, Athen mit dem Piraeus und Chalkis die Pforten geworden waren, aus denen die pontischen Flotten und Heere nach dem Abendlande zur Eroberung des uneinigen Italiens hervorbrachen und zur Abwehr der größten Gefahr nicht 50,000 Mann von Rom nach Griechenland hinüberzogen, hing das Geschick der röm. Herrschaft von Sulla ab. Er gewann für Rom den bereits verlornen Orient wieder und ward der Wiederhersteller der röm. Weltmacht.

„Die zwei Jahre nach Sulla's Rückkehr bis zum Untergange der Marianischen Partei und der Samniten (83—81) gehören zu den schrecklichsten der röm. Geschichte. In den zwanzig Schlachten dieser Zeit ging die waffenfähige Mannschaft Italiens, das schon im Bundesgenossenkriege so furchtbar gelitten, bis auf Sulla's Legionen unter. Die 120,000 Mann, die Sulla nachher in Italien colonisirte, repräsentirten so ziemlich Italiens mannhafte Be-

1) Excurse (*ed.* 2.) S. 79.

völkerung. Der in Magistratsgeschäften und politischen Erfahrungen ergraute Theil der Nobilität, überhaupt die Bevölkerung von mittleren Lebensjahren war gefallen; eine Generation fiel aus, und an ihre Stelle rückten nun die Glückskinder der Gegenwart, junge Leute, die im Bürgerkrieg groß geworden [1].

„Der Sieg Sulla's ist der Anfang einer Umwälzung, die Caesar wieder aufnimmt, August vollendet. Mit ihm beginnen die monarchischen Bewegungen Rom's, welche die röm. Geschichte harmonisch abschließen und zu seinem Anfang zurückführen.

„Sulla's erster Gedanke mußte seyn, Italien zu beruhigen. Das geschah in dreifacher Weise: durch Anerkennung des Bürgerrechts der Bundesgenossen, wodurch der schlimmste aller Kämpfe beendigt wurde; durch Anweisung von ganzen Städten und ausgedehnten Ländereien an seine siegreichen Soldaten, wodurch einerseits die bisherige Opposition vernichtet wurde, anderseits Italien, dessen freie ackerbautreibende Bevölkerung so sehr gesunken war, wieder seine Bauern erlangte; endlich durch Freilassung von Sklaven, der 10,000 Cornelier, die zwar die ächtrömische Bevölkerung nicht vermehrten, aber die Lücken der italischen etwas ausfüllten.

„Die politische Gleichstellung Italiens war eine große Thatsache. Das Nächste war die definitive Regelung des alten Streits über die Grenzen der einzelnen republikanischen Gewalten. Dem Volkstribunat wurden Schranken gezogen, der Schwamm des Ritterstandes, der sich am Mark des röm. Volks voll gesogen, ausgepresst; der politische, wie der moralische Schwerpunkt sollte wieder in den Senat verlegt werden. Die Censur ward auf das Gebiet der Finanzen zurückgewiesen, die Functionen der Consuln und Prätoren wurden von denen der Proconsuln und Proprätoren abgegrenzt.

„Mit der Ertheilung des Bürgerrechts war eine der größten Veränderungen der röm. Geschichte vollzogen, welcher nur noch die der Ausdehnung des Bürgerrechts über die ganze Welt gleichkam.

„Ohne eine Beschränkung der Befugnisse des Volkstribunats konnte die Republik in die Länge nicht bestehen. Was dem Tribunat heilsam war, die controlirende Befugniß, blieb, aber auch der Senat erlangte eine Controle über das Tribunat, indem letzterem die Willkür entzogen ward, Gesetzvorschläge an das Volk zu bringen. Die curulischen Aemter, nicht aber das Tribunat, sollten zu den Würden der Republik führen; daher sollte das Tribunat die politische Laufbahn nicht eröffnen, sondern schließen. So war das demokratische Element nur nach einer anderen Seite hin verlegt.

„Seit Servius Tullius hatte kein röm. Staatsmann so tief einschneidende Veränderungen der Verfassung beabsichtigt, keiner so große erzielt. Aber vergeblich hat Sulla an das Bestehende angeknüpft, denn dieses war bereits morsch. Der Mangel an ethischer Grundlage zerstörte das Werk eines der größten Geister Rom's" [2].

Ja, wie in Perikles das Abendroth der nationalen Glanzzeit Griechenlands, so ist in Sulla das Abendroth des nationalen Römerthums zu erblicken. Das großartig gedachte Restaurationswerk Sulla's ist freilich eine kurze Episode geblieben, wie auch das Perikleische Staatensystem, aber ohne sie würde

---

1) seit dem Beginn der Gracchischen Unruhen (133) war gerade ein halbes Jahrhundert verflossen.
2) Höfler i. d. Sitzungsberichten d. Wiener Akademie der Wissensch. Jahrg. 1870. Märzheft, S. 753—770.

der Aufgang des römischen Kosmopolitismus ohne vorausgehenden Abschluß des röm. Nationalstaats geblieben seyn.

Sulla hat, als ihm die Macht wieder zufiel, nicht mit reactionärer Beschränktheit restaurirt, sein Geist war dazu viel zu fruchtbar und lebensvoll. Indem er, was möglicher Weise von den altnationalen Institutionen zu retten war, zu retten und zu erwecken suchte, hat er viele neue und selbst aus der Revolution herrührende Elemente, welche sich als wirksame Factoren und recipirte Größen ausgewiesen hatten, sanctionirt und ihnen eine organische Stelle in seinem System zugetheilt.

Wie der Himmel mit Sonne, Mond und Sternen im beruhigten und geglätteten Spiegel des Mittelmeers seinen Widerschein findet, so das Firmament des römischen *jus publicum* im römischen *jus privatum,* d. h. im Haus des *paterfamilias* mit seinen Kindern, Sklaven und Clienten. Der *Senatus Populusque Romanus* ist der Souverän, die (oberen) Magistrate sind die politischen Haussöhne, und die Municipien und Colonien die Adoptivkinder der Republik, die Provinzen ihre Sklaven, die *populi foederati* ihre Clienten. An allen ward die gestaltende Hand Sulla's sichtbar. Er zog nach allen Seiten hin den Umkreis der politischen Machtsphäre des röm. Staates, brachte mit wahrer Staatskunst eine Welt publicistischer Typen zum Abschluß und hinterließ in diesem Umriß des familienartig multiplicirten Reichsorganismus ein Reichsideal ohne Gleichen als Erbstück aus der Antike, den Typus eines einheitlichen und doch gegliederten Staats auf nationaler Basis und doch mit weltbeherrschender Spannkraft. Typen sind ewige Gewinne für die Welt des Geistes, auch wenn sie, wie der Sullanische Römerstaat, vorzeitig dem Schicksal alles Irdischen verfallen, um alsbald als Bruchstücke in einen andersartigen, gewaltsameren, aber vielleicht elastischeren Colossaltypus einzutreten.

*C.* In fünf Hauptlinien bewegte sich der Sullanische Organisationsplan.

1) Die drei alten originalen, normalen Factoren der Staatsgewalt mußten in ein den Zeitelementen entsprechendes Verhältniß des Zusammenwirkens gesetzt werden: Comitien, Magistratur und Senat. Die Großthat Sulla's bestand hier darin, daß er definitiv in den Senat den legalen Schwerpunkt des Staats verlegte, aber zugleich dem Senat seine innerste Lebensfunction, eine freie Repräsentanz des *populus* zu seyn, sicherte: ein Gedanke, welchen dann Augustus wieder aufgenommen und zu einer Grundlinie in seinem System gemacht hat. Dieses Ziel erreichte Sulla, *a*) indem er eine Massenergänzung des Senats vornahm, die gesetzgeberische Initiative der Volkstribunen vom Senat abhängig machte und die Erlangung des Volkstribunats nur Senatoren verstattete (*lex de tribunicia potestate*), das Richteramt den Senatoren zurückgab (*lex judiciaria*), die Wiederwahl zum Consulat nur nach 10 Jahren zuließ (*lex de magistratibus*), endlich die Cooptationsfreiheit den senatorischen Priestercollegien[1] unter Erhöhung ihrer Mitgliederzahl zurückgab (*lex de sacerdotiis*); *b*) indem er die Zahl der Prätoren auf acht (*lex de octo praetoribus*), die der Quästoren auf zwanzig erhöhte (*lex de viginti quaestoribus*), die Aemterscala von den Quästoren aufwärts streng fixirte (*lex de magistr.*) und an die Quästur das Anrecht auf Senatssitz knüpfte (*lex de quaestor.*)[2]. Innerhalb der hierdurch gezogenen Grenzlinien ließ Sulla nicht

1) d. h. den *Pontifices, Augures* und *Decemviri sacrorum*.

2) wodurch der censorische Modus der Senatsergänzung und damit in der Hauptsache überhaupt die Censur überflüssig ward. Besondere *leges de supplendo Senatu* und *de tollenda censura* sind nicht erlassen worden. Lange III. § 146.

bloß die Tributcomitien, sondern in einzelnen Fällen, wie es scheint, auch noch die Centuriatcomitien und selbst die Curiatcomitien in bisheriger Form zu Worte kommen[1] und vollendete so den Zirkel des antikrömischen Verfassungsbaus. Es war eine Wiederherstellung und doch auch eine Erneuerung, denn im Grunde war nun der *Senatus* an die Stelle des *Populus* getreten und diese Wandelung officiell proclamirt. Der Wiederaufbau des Capitolinischen Jupitertempels und der Umbau der *Curia Hostilia,* sowie die Hinausrückung des hauptstädtischen Pomörium symbolisiren Sulla's Geisteswerk auch in der Physiognomie Rom's.

Eine zweite Hauptsorge Sulla's mußte seyn, den zwei großen Anomalien im röm. Staatswesen, dem Volkstribunat und dem Proconsulat, Maß und Richtung für den neugeordneten Staat anzuweisen. Mit dem einen traf er das Centrum, mit dem anderen die Peripherie; jenes beschnitt, dieses umgrenzte er in einer Weise, daß das antike Staatsprincip dadurch gewahrt schien. Also:

2. In der *lex de tribunicia potestate* wurde nicht bloß die gesetzgeberische Initiative der Volkstribunen beschränkt, sondern auch bestimmt, daß nur Senatoren zum Tribunat gelangen, gewesene Tribune keine (andere) Magistratur erlangen und die Tribune fortan, wie in den Anfängen des Tribunats, das Intercessionsrecht nur behufs der *auxilii latio adversus imperium* zum Schutze einzelner Bürger ausüben sollten. So wurden sie eine unschädliche Macht und konnten eine nützliche Controlbehörde, ja ein Regulator des Staatslebens in anderer und doch der Censur ähnlich wirkenden Weise werden.

3) In der *lex de provinciis ordinandis* wurde das System der *prorogatio imperii* zum ersten Mal geordnet, die *proconsularis potestas* in ihrer staatsrechtlichen Eigenartigkeit erkannt, durch feste Bestimmungen gegen die interne Magistratsgewalt abgegrenzt, und so von der centralen Machtsphäre eine peripherische Militärsphäre unterschieden, welche seitdem zum Hauptausgangspunkt aller Reformversuche wurde. Italien war damit zum Verwaltungsgebiet, die Provinzialwelt zum Militärgebiet erklärt; die Consuln sollten dort, die Proconsuln hier die Regenten, der Senat aber die oberste Autorität für Beides seyn. Erst in dieser Ordnung der Dinge trat der Gedanke deutlich hervor, daß die Provinz eine staatsrechtliche Pertinenz Italiens, nicht ein integrirender Theil sei; daß der Proconsul, der Proprätor sein kleines Reich für sich habe, und daß jede Provinz eine kleine militärische Monarchie darstelle. Der Gedanke, welcher dann von Augustus in großartigem Sinne verwerthet wurde, trat hervor, daß die Provinz eine militärische Filialsphäre innerhalb und neben der großen und allgemeinen Staatssphäre, gleichsam ein *peculium castrense* neben dem *patrimonium* des Souveräns sei.

Wenn aber so Bewegung und Gliederung in den Staatsbau kam, so mußte sich die innere Consequenz dem Sulla aufdrängen, daß auch die Stellung der Städte Italiens, sowie das Verhältniß der exoterischen Clientelstaaten principmäßig geordnet und jener Gliederung eine weitere Gliederung hinzugefügt würde. Während bis dahin die Lokalgemeinden als verbündete quasisouveräne Staaten[2] und die abhängigen Nachbarstaaten als fremde

1) Eine ausdrückliche Erneuerung des Gesetzes, durch welches Sulla früher (88), die Servianische Centurienverfassung wiederhergestellt hatte, erfolgte nicht.

5) Vergl. Cursus § 185. Anm. 6.

quasihostile[1] Staaten angesehen waren, erscheinen sie nun als recipirt in den publicistischen Organismus, als Kinder und Clienten Roms — als Glieder und Trabanten des Staatskörpers, als organische Dependenzen der einzigen damaligen *respublica* im vollen Sinne. In das sullanische System gehört wesentlich dieses Hoheitsrecht des Staats über seine Gemeinden und seine Vasallenstaaten: es bildet den Schlußstein des Ganzen. Freilich lassen sich für Beides nicht besondere und fundamentale Gesetzgebungsakte, sondern mehr nur einzelne Handlungen und Maßregeln Sulla's aufzeigen. Es sind folgende:

4) Kraft seiner Dictatorvollmacht griff Sulla mannichfach in den Bestand und das Regiment der italischen Lokalgemeinden ein: es werden *leges Corneliae* genannt, welche die Agrarverhältnisse und die Ansiedelung der (23, nach Anderen sogar 47) Sullanischen Legionen (Militärcolonien) betrafen[2]. Indem Sulla nicht bloß neue Colonien gründete, sondern auch einer Anzahl von Municipien Truppen als neue Einwohner zutheilte, die ganze samnitische Mark umgestaltete, vielen Städten feste Steuern auferlegte, sahen und empfanden alle italischen Gemeinden gleichmäßig den regierenden Arm Roms, und es glättete sich die italische Städtefläche, auf welcher dann die Cäsarische Municipalordnung sich leicht aufbauen konnte. Nun erst erschienen alle Lokalgemeinden dem römischen Staat in directer staatsrechtlicher Unterordnung einverleibt und ihnen zugleich ihr eignes Gemeinwesen innerhalb des großen Gemeinwesens garantirt.

5) Und in gleicher Weise war Sulla's, d. h. Rom's Arm in Asien nach der furchtbaren Mithridatischen Erhebung allen einbezirkten und benachbarten großen und kleinen Staaten fühlbar und in bisher nicht erfahrener Allgemeinheit maßgebend geworden. Es stand nunmehr für lange fest, daß der röm. Staat der einzige Großstaat sei, und daß es ein wahres *jus publicum* nur innerhalb des Herrschaftsbereiches Rom's gäbe[3].

*D.* Mit der letztgenannten Arbeit hatte Sulla sein organisatorisches Tagewerk begonnen, und gleichsam von der Peripherie aus, die er zuerst umschrieben, war sein Gedanke dann nach dem Centrum des Staatswesens vorgedrungen, denn mit der wohl dem Ende seiner gesetzgeberischen Thätigkeit angehörenden *lex de Quaestoribus* beseitigte er thatsächlich die Censur und constituirte die Basis des Senats, d. h. das nunmehrige Organ der Souveränetät. Der Staatsbau war fertig. Doch wir würden den Verdiensten nicht gerecht werden, wenn hier verschwiegen würde, daß Sulla auch beflissen war, im neuen Bau einen neuen Geist zu wecken. Zu seinen politischen kommen seine socialen Reformgesetze: hier ist er gleichfalls ein Vorgänger des Augustus, zu dessen Hauptverdiensten es ja gehört, nicht bloß politischer, sondern zugleich socialer Regenerator der römischen Welt geworden zu seyn.

Eines der vielen Räthsel für uns und unser christianisirtes Bewußtseyn, welche uns Sulla darbietet, ist neben seiner ungewöhnlichen Mäßigungs- und Entsagungskraft die erschreckende Grausamkeit, mit welcher er sein Restaurationswerk introducirte. Es schien, als wolle er die ganze Partei der Marianer, den ganzen Stand der Ritter und das ganze Volk der Samniter mit Stumpf und Stil ausrotten. War das Rache? sie paßt wenig in das Naturell Sulla's. Es war vielmehr ruhige, nur den Zweck im Auge habende, rück-

1) Vergl. Cursus § 185. Anm. 2. Auf Sulla scheint der Wechsel der Rechtsanschauung zwischen Aelius Gallus (dem Lexicographen im Ausgange der Republik) und Proculus sich zurückzuführen.

2) Lange III. § 146. S. 159. 160.

3) *Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat:* sagt auf dieser Grundlage der spätere Reichsjurist Ulpian (*fr.* 1. *de J. et J.* 1, 1).

sichtslose Ueberlegung, und die früheren Greuel, welche von jener Partei, gestützt auf Ritter und Samniter, verübt worden, waren nicht Ursache, sondern nur Rechtfertigung der Vernichtungs-Maßregel. Diese bezweckte nichts als eine gründliche Säuberung der Römerthums. Dem neuen Werke sollte die alte Opposition vorweggenommen werden; der nüchterne Sulla begehrte eine Garantie für den Erfolg seines Werkes, bevor er an dasselbe ging. Und in diesen Zusammenhang scheint mir auch zu gehören, was die sociale Seite des Sullanischen Restaurationswerkes angeht: neben der *lex de proscriptione* die *lex judiciaria*, dann die *leges de quaestionibus perpetuis* (*lex repetundarum*, *de majestate*, *de sicariis et veneficis* und *de falsis testamentaria s. nummaria*), alle bestimmt, der römischen Sittenverwilderung einen starken Damm zu ziehen. Wenn wir endlich, was sich hier wie von selbst anschließt, hinzurechnen die *lex de injuriis*, *de peculatu*, *de adulteriis et de pudicitia*, welche mit den vorhergenannten zusammen eine volle Criminal- und Strafproceßordnung darstellen, endlich die umfassende *lex sumtuaria:* so wird es sich rechtfertigen, daß wir auch hier Sulla als Bahnbrecher vor und für Augustus bezeichnen. Er wollte, wie dieser nach ihm, nicht bloß im *jus publicum*, sondern ebenso im *jus privatum*, im Haus- und Familienwesen, aufräumen, sichten, die Atome wieder binden, oben und unten restauriren. Wer will den Heiden verurtheilen oder verachten, daß er auf heidnische Weise und mit den noch vorhandenen Mitteln des reducirten Römerthums den Versuch einer Restauration machte, welche bald in neu vergossenem Bürgerblut erstickt werden sollte!

*E.* Funfzig Jahre waren seit des Gaius Gracchus Experiment verstrichen, als Sulla das geschilderte Restaurationswerk unternahm. Wie anders griff der an Thaten und Anhang reiche, mit Erfahrung ausgerüstete und seiner selbst vollkommen mächtige Feldherr sein Werk an, als jener leidenschaftliche Jüngling ohne Mittel und ohne Selbstbeherrschung. Es ist auch wichtig zu unterscheiden, wo jeder der beiden seinen Hebel ansetzte. Dieser setzte im Volkstribunat, Sulla im Proconsulat ein; von da aus machte sich Letzterer zum Herrn des Staats für den Augenblick, den er brauchte, um den Staat wieder über die Parteien zu erheben. Nicht erst Caesar, sondern schon Sulla fand den exoterischen Standpunkt des Archimedes; er nahm ihn ein, um von da Rom noch ein Mal in seine Fugen zu rücken; Caesar repetirte ihn, um von da Rom aus seinen Angeln zu heben. Wie dann Caesar und Augustus wieder, so bediente sich Sulla vielfach griechischer Hülfsmittel; indem er den Orient band, benutzte er ihn zugleich. Das Einbauen griechischer Tempelsäulen in den neuen Jupitertempel symbolisirt diese Richtung treffend; Sulla ist auch hier tonangebend geworden. Und das Alles that und vollzog und vereinigte er mit solcher Raschheit, Leichtigkeit und Uebereinstimmung des Einzelnen und des Ganzen, daß ich ihm hohe und wahre Genialität nicht absprechen kann. Genial war die Art, wie Sulla die Summe der politischen Geschichte Roms zog und zugleich eine neue Aera signalisirte; genial war der scheinbar so kleine, in Wahrheit so große Griff, den Sulla in der *lex de quaestoribus* that, indem er unter Wahrung des souveränen Wahlrechts des Populus doch den Senat zum ausübenden Souverän erhob (*Senatus Populusque Romanus!*) und so die Reform dem antiken Princip einordnete. In seinem Staat finden sich nahezu alle Bausteine, aus welchen dann der Augustische Neustaat erstand. Groß war Sulla darin, daß er, ein Kind der Parteien seiner Zeit, sich über die Parteien erhob und in dieser Höhe erhielt.

Was bei Augustus nachher in „dyarchischer“ Combination auftrat, das baute Sulla, der letzte große Staatsmann rein römischen Styls, in unitarischer Form auf; er war auch darin ächter Römer, daß er, wo Octavian als Augustus sich preisen ließ, mit dem Namen Felix fürlieb nahm: er suchte keinen höheren Ruhm, als den, ein Günstling der römischen Götter zu sein, unter deren Auspicien er kämpfte und baute. Und im letzten Grunde war es sicher nicht Blasirtheit, Trägheit und Selbstsucht, warum er nach vollbrachter Arbeit freiwillig vom Schauplatz abtrat, sondern der vollberechtigte Gedanke, daß seine Persönlichkeit, die Alles neu geschaffen, keinen Raum habe in diesem Bau und ihn nur gefährden, nicht sichern könne. War seine Aufrichtung der Senatsherrschaft wahr gemeint, so mußte er auf den Herrscherplatz verzichten: als Römer stellte er sein privates hinter das öffentliche Interesse; die Uebersättigung durch Erfolge erleichterte ihm wohl, aber verursachte nicht den Entschluß der Resignation.

Zum Abschluß der Karakteristik des Sulla sei noch auf seine zwei Begleiter im Entscheidungsjahre 83 hingewiesen: Q. Metellus Pius und Gnaeus Pompejus Magnus. Sulla war nach mehrjährigem thatenreichen Aufenthalt in Asien und Griechenland, welche er dem Mithridates wieder abgerungen, auf der Rückkehr und trat mit seinen großentheils in der Fremde gesammelten und an seine Person geketteten Legionen über die Schwelle Italiens. Schon ein Mal, i. J. 88, hatte Sulla, dem revolutionären Experiment des P. Sulpicius Rufus gegenüber, gestützt auf seine Legionen Rom seinen Willen aufgenöthigt[1] und ein Vorspiel seines großen Restaurationsplans geliefert. Nun aber galt es, mit den Legionen eine siegreiche Revolution (der Marianer) niederzuwerfen und dem Staat eine Rechtsordnung wiederzugeben. Man kann sagen, daß damals der ächte und relativ berechtigte Genius Rom's im Lager des Sulla war, des gegen Mithridates ernannten und dann durch Parteimanoeuvre wieder entsetzten Proconsuls. Sulla hatte den Orient seinem Vaterlande gerettet und ward auch der Retter dieses. Aber als Anführer eines Heeres that er dies. Rom hat seitdem einen doppelten Schwerpunkt: im Senat und im Heer. Auch Metellus, der sich auf italischem Boden dem militärischen Retter zuerst anschloß, hatte proconsulares Imperium, und Pompejus, welcher „auf eigne Faust ein Heer von drei Legionen“ geworben hatte, empfing von Sulla den Imperatortitel. Mit Bewußtseyn und System also stellte sich Sulla sammt seinen Helfern auf den Boden des Militarismus, aber er zeigte auch hier seine Gabe des Maßhaltens, indem er mitten in der Umwälzung eine legale Basis für seine organisatorischen Pläne wieder zu gewinnen suchte. Durch die *lex Valeria* v. J. 82 ließ er sich zum *Dictator legibus scribendis et reipublicae constituendae* ernennen[2], mit außerordentlichen Vollmachten zur Wiederaufrichtung des Staatswesens und Ordnung der Gesellschaft ausstatten und eine Stellung ertheilen, welche unter den Erscheinungen der Vergangenheit nur mit der Gewalt der *Decemviri legibus scribundis* vergleichbar ist[3] und von den nachfolgenden Geschichtschreibern als *regalis potestas* und μοναρχία bezeichnet wurde[4]. Aber der unumschränkte

1) Lange III. § 144. „Das Jahr bezeichnet einen Wendepunkt in der röm. Verfassungsgeschichte. Zum ersten Male hatten die röm. Legionen, einem allerdings willkürlichen und von Parteigeist diktirten Volksbeschlusse den Gehorsam verweigernd, ihren vom Commando enthobenen Feldherrn in den Stand gesetzt, seine Gegner, und zwar in der Stadt Rom selbst, mit Waffengewalt niederzuwerfen. Sie waren ihrem Feldherrn treuer gewesen als dem Staat“.

2) *Appian. bell. civ.* 1, 3. 82. 99. *Plut. Sulla* 33. *Cic. de leg.* 1, 15; *de lege agrar.* 3, 2. *Sallust. hist.* 1, 41. *Dion.* 5, 77.

3) Mommsen R. Gesch. II. Kap. 10 z. A. — 4) Lange II. § 146. S. 152.

Dictator gebrauchte seine Vollmacht nur, um aus seinem Füllhorn über die entartete Republik den Fruchtregen seiner *leges Corneliae*[1] auszuschütten, an die Stelle der suspendirten Verfassung eine verbesserte wohldurchdachte zu setzen, und Rom mit einem Gesetzgebungswerke zu beschenken, welches an Reichthum der Gedanken wieder nur mit dem Werke der Decemvirn zu vergleichen ist. Selbst noch im Vollbesitz seiner Herrschergaben gab er dann den Staat sich selbst zurück, und das römische Volk, d. h. Italien dankte ihm, indem es i. J. 79 den von Puteoli gen Rom gehenden Leichenzug des letzten großen Römers antiken Styls von Stadt zu Stadt durch Leidtragende vergrößerte, und eine Trauerfeier hielt, welche ein Triumphzug im Tode genannt werden kann.

## VI.

## Die Umwälzung durch Caesar[2].

*A.* Seine eigentliche Leistung auf der politischen Höhe seiner Zeit beginnt der Demagog C. Julius Caesar mit seinem ersten Consulat im J. 59. Die Zeit von da bis zu seinem jähen Tode umspannt drei Lustra; von diesen aber kommt wesentlich nur die Hälfte des dritten Lustrum in Betracht, wenn nach Caesar's schließlichem Organisationsplan geforscht wird. Zwar that Caesar gleich im 1. Consulat durch die von ihm eingebrachte *lex agraria* (die erste dieser Art seit Sp. Cassius, welche durch einen Consul eingebracht wurde) kund, daß er sich mit einschneidenden Plänen trug, und nicht bloß hierbei, dem widerstrebenden Senat gegenüber, sondern auch, indem er dann bei seinen weiteren consularen Gesetzvorschlägen den Senat constant ignorirte, markirte er seine diesem republ. Organ radical entgegenarbeitende Politik. Allein diese Politik war noch weit entfernt, in einem zusammenhängenden Gesetzgebungswerk Gestalt zu gewinnen. Vielmehr ist aus dem J. 59 nur Ein Organisationsgesetz von dauernder Bedeutung zu nennen, die über 100 Capitel enthaltende *lex Julia repetundarum*, eine mit ihrer Spitze gegen die Senatspartei gerichtete Specialgerichtsordnung, welche im Anschluß an ein Sullanisches und andere frühere Gesetze die Administration der Provinzen in strengerer Weise normirte und von Juristen der Kaiserzeit in ihren Schriften über *judicia publica* commentirt wurde (*Tit. Dig. 48, 11*).

Als Operationsbasis für seine weiteren Pläne hatte sich Caesar die Rom zunächstgelegene Provinz *Gallia cisalpina* (mit Illyrien) ersehen, von wo aus er während eines 10jährigen Zeitraums in der Eroberung der übrigen Gallischen Länderstriche den Römern eine neue Welt erschloß. Durch die *lex Vatinia de provincia Caesaris* war ihm auf 5 Jahre vom 1. März 59 an ein außerordentliches Imperium für jene Provinz ertheilt worden. Der formelle Urheber dieses Gesetzes, der Volkstribun Vatinius, war Caesar's Kreatur, und es war auch ganz in Caesar's Geiste, daß Vatinius bei seinem Amtsantritt dem Senat ankündigte, er werde alle Gesetzvorschläge ohne Rücksicht auf die Gutachten der Augurn verfolgen, und daß er in der That seine Vorschläge (oder doch die meisten) ohne Beachtung der Auspicien durchsetzte.

Ein solcher Anfang der Herrscherlaufbahn Caesar's ohne Senat und Auspicien ist karakteristisch für den mehr modernen als antiken Geist der

---

1) s. oben sub C u. D.

2) Vergl. Mommsen Röm. Geschichte, Bd. 3. (4. Aufl.). Kap. 11. und Lange Röm. Alterth. Bd. 3. (2. Aufl.) § 153—162.

ganzen Cäsarischen Politik, welcher sich grundsätzlich von den noch von Cicero als *duo firmamenta reipublicae*[1] bezeichneten Faktoren emancipirte.

Auf Grund des Abkommens zu Luca empfing Caesar durch die *lex Licinia Pompeja* die Prorogation seines außerordentlichen Imperium auf ein weiteres Lustrum, vom 1. März 54 bis 1. März 49 a. Chr. Während dieser Zeit ging sein Verhältniß zu Pompejus, infolge des Todes der Julia und dann des Crassus gelockert, in Spannung über. Pompejus ward Consul *sine collega* a. 52 und behielt daneben sein hispanisches Proconsulat; Caesar erlangte, gewissermaßen als Gegengabe, durch Volksschluß das Recht, sich abwesend um das Consulat für das J. 48 bewerben zu dürfen und so sein 2. Consulat unmittelbar an sein (faktisch bis Ende 49 fortdauerndes) Proconsulat anzuknüpfen. Ueber diesen Punkt kam es dann zum entscheidenden Bürgerkrieg, indem die Senatspartei unter Pompejus gegen ein 2. Consulat Caesar's offen und versteckt operirte, und der Vorschlag eines beiderseitigen Verzichts der Parteihäupter auf ihre Provinzen und Heere resultatlos blieb. Mitte Januar 49 überschritt Caesar, gewöhnt durch eine ununterbrochene 10jährige Provinzialpraxis an ein absolut monarchisches Regiment, den Rubicon. Es beginnt das dritte Lustrum.

Eine 11tägige Dictatur, in welche 2 *leges Juliae* (*de civitate Transpadana* und *de pecuniis mutuis*) fallen, bahnte dem siegreichen Parteihaupt den Weg zu dem erstrebten Consulat; seine Alleinherrschaft ward durch den Ausgang der Schlacht bei Pharsalus begründet, 48 a. Chr., und nun begann jene Reihenfolge devoter und hastiger Senats- und Volksschlüsse, durch welche auf den Inhaber der Alleinherrschaft immer neue Attribute und Gewalten gehäuft wurden. Nach der Schlacht bei Pharsalus erhielt Caesar das Entscheidungsrecht über Krieg und Frieden, das Vorschlagsrecht für die Magistratswahlen, alle Competenzen des Volkstribunats nebst der Befugniß zu wiederholter Consulatsbewerbung. Außerdem ward er durch den Consul Servilius von Neuem zum Dictator auf unbestimmte Zeit ernannt. Nach der Schlacht bei Thapsus im J. 46 wurden dem Sieger die permanente *sella curulis*, 10jährige Dictatur, 3jährige *praefectura morum* und selbst die Ehren eines Halbgotts ertheilt, so daß Cicero ein Recht hatte, diese außerordentliche Machtvollkommenheit als *dominatus* zu bezeichnen[2]. Sie war staatsrechtlich schwer genug zu definiren, aber gewiß ist: Rom war nicht mehr ein Freistaat, sondern hatte seinen Herrn; es war unmöglich, daß nach Verlauf jener zunächst in Aussicht genommenen Zeit der Staat, welcher einen Volkstribun und Dictator in Einer Person ertragen gelernt, einfach zur republikanischen Ordnung zurückkehre; es war vielmehr unvermeidlich, auf dieser Bahn weiter zu gehen. Nach der Schlacht bei Munda im J. 45 empfing Caesar das Recht der Lorbeerkrone und der Albanischen Königsstiefeln, das Pränomen *Imperator*[3], das Recht des alleinigen Heerbefehls und der alleinigen Verfügung über den Staatsschatz; zwei Statuen, die eine ihm als Gott (*Deo invicto*), die andere ihm als einem Genossen der 7 *Reges*, wurden errichtet. Bald folgte eine weitere Steigerung durch Gewährung der immerwährenden *vestis triumphalis* und des Titels *Pater patriae*, sodann der *praefectura*

---

1) *Cic. de rep.* 2, 10. Vergl. auch *Cic. de off.* 1, 8: *Temeritas C. Caesaris, qui omnia jura divina atque humana pervertit propter principatum.*

2) *Cic. ad div.* 4, 8.

3) so erzählt wenigstens Sueton (Caes. 76). Mommsen (Röm. Staatsr. II. *ed.* 2. S. 743. Anm. 3.) hält dies für einen Irrthum.

*morum* auf Lebenszeit[1] und der tribunicischen Unverletzlichkeit für das ganze Reich. Den Schluß — denn darüber hinaus war kaum noch Etwas denkbar — bildeten Beschlüsse, wodurch dem Monarchen eine thronartige Sella, die *vestis regia*, ein *sepulcrum* innerhalb des Pomerium zuerkannt, ihm als Jupiter Julius ein *flamen* bestellt, nach ihm ein Monat und eine Tribus benannt und die Errichtung eines Tempels (des Jupiter Julius und der Clementia) angeordnet ward.

Der Plan einer ausdrücklichen Erklärung zum *Rex* bestand unter Caesar's eifrigeren Anhängern; ein Gerücht brachte diesen Plan mit dem vorbereiteten großen Kriegszuge wider die Parther in Verbindung. Ob Caesar selbst den Königstitel verschmähte oder fürchtete? ob er sich dessen Annahme etwa für gelegnere Zeit aufsparte? Die letzte Ehre, welche er annahm, war der Titel eines *Dictator perpetuus* (i. Febr. 44); sowohl die ersten kurzen Dictaturen, als auch die auf 10 Jahre berechnete und dann die lebenslängliche Dictatur waren nach dem Muster der Sullanischen Dictatur constituirende Gewalten und daher ihrem Inhalte nach mehr mit der Gewalt der Decemvirn, als mit der alten Dictatur vergleichbar[2]: durch sie war die Staatsform in die Hand Caesar's gegeben. Sein plötzlicher Tod aber hüllte seine letzten Absichten in undurchdringlichen Schleier[3]. Nur das kann gesagt werden, daß die wirklich großartigen, das ganze Reich umspannenden administrativen Pläne, mit denen er sich namentlich während der letzten zwei Jahre beschäftigt haben soll, ganz nach der Art eines Herrschers waren, welcher sich im Besitze einer tyrannisartigen Gewalt und aller Mittel eines großen Gemeinwesens wissend seine Unterthanen für die verlorne republikanische Freiheit durch wirthschaftliche Blüte und Leichtigkeit des Privatverkehrs zu entschädigen beflissen ist. Im Jahre 46 (*annus confusionis*) hatte Caesar die große Reform des Kalenders durchgeführt; aber nicht bloß die Zeit, sondern auch den Raum zu organisiren lag im Plane des Weltbeherrschers. Das weite Reich sollte an allen gefährdeten Marken sicher gestellt, eine allgemeine Landvermessung und Einwohnerschätzung vorgenommen, die Hauptstadt umgebaut, eine Weltstraße zur directen Verbindung Ostia's mit dem Adriatischen Meere über die Apenninen geführt, Italien von dem Miasma der Pomptinischen Sümpfe befreit, die Landenge von Corinth durchstochen werden.

*B.* Gehen wir zu der Frage der Staatsorganisation über, so ist zunächst hervorzuheben, daß Caesar den Senat durch mehrere *lectiones* auf die enorme Zahl von 900 brachte und diesem impotenten Monstrum eine entsprechende Seele gab, indem er nicht bloß Libertinensöhne, sondern auch eben erst mit dem Bürgerrecht beschenkte Ausländer in den Senat aufnahm und denselben auf die vom Regenten schlechthin abhängige Rolle eines bloßen Berathungskörpers beschränkte. Auch dem Patriciat ward eine andere, monarchische Bedeutung gegeben, indem Caesar auf Grund der *lex Cassia* eine Ergänzung desselben durch Allection neuer Familien bewirkte. Es fehlte noch die Vergebung des römischen Bürgerrechts an die gesammte freie Reichseinwohnerschaft, um dem ganzen Reiche das Gepräge einer monarchischen Neuschöpfung aufzudrücken: auch diesen Plan soll Caesar gehegt und durch sein umfassendes Colonisationssystem vorzubereiten beabsichtigt

1) Gleichfalls von Mommsen *ib.* S. 685 beanstandet.
2) Vergl. Mommsen Röm. Staatsr. II. (*ed.* 2) S. 684. 694—696. 718.
3) Vergl. Mommsen *ib.* S. 732.

haben; die zu diesem Behufe erlassene *lex Julia agraria de coloniis in Galliam, Hispaniam et transmarinas provincias deducendis* erfuhr nach Caesars Tode noch eine Ergänzung durch die *lex Antonia de coloniis deducendis,* kam aber nur theilweise zur Ausführung.

Von Julischen Gesetzen sind bereits die *lex repetundarum, de civitate Transpadana, de pecuniis mutuis* und zwei *leges agrariae* genannt worden. Noch direkter auf die politische Ordnung bezogen sich die in die zweite Hälfte des letzten Cäsarischen Lustrum fallenden Gesetze, welche vornehmlich die Aemterorganisation zum Gegenstand hatten, aber weder der Zeit, noch dem Inhalte nach mit voller Sicherheit zu bestimmen sind. Dahin gehören die *lex de sacerdotiis* und *de praetoribus X creandis* (?) i. J. 47, wodurch die Zahl der Augurn, Pontifices und *Quindecimviri,* sowie der Prätoren erhöht wurde. An dieses Prätorengesetz schlossen sich spätere Gesetze an, vielleicht eines oder mehrere, wodurch die Zahl der Prätoren (auf 14) und Quästoren (auf 40) erhöht wurde, i. J. 45, und im folgenden Jahre ein oder mehrere Gesetze, wodurch die Zahl der Prätoren auf 16, die der Aedilen auf 6 (*Cereales*), die der *Tresviri capitales* und *monetales* auf je 4 erhöht wurde. Der Grund dieser Erhöhungen lag theils in der Geschäftsvermehrung, theils in dem Bedürfniß, eine größere Anzahl von Statthaltern für die angewachsene Zahl der Provinzen zu haben. Auf jenes bezog sich auch eine *lex Julia judiciaria,* auf dieses eine *lex Julia de provinciis,* beide dem J. 46 angehörig: in ersterer wurde das Richteralbum wieder auf Senatoren und Ritter beschränkt; auch über das Verfahren in Strafsachen (und in Civilprocessen?) scheinen Bestimmungen gegeben worden zu seyn; in letzterer wurde die Amtsdauer der Consularen und Prätorier in ihrer Provinz auf höchstens 2, bez. 1 Jahr festgesetzt. Uebrigens ist zu bemerken, daß Caesar mehrfach bei Strafgerichtssitzungen den Vorsitz persönlich übernahm, daß er das Recht erlangt hatte und übte, für alle prätorischen Provinzen die Statthalter selbst zu ernennen, und daß Caesar's Mitwirkungsrecht bei den Magistratswahlen durch eine *lex Antonia* (Ende 45?) näher bestimmt wurde. Hiernach hatte er das *jus commendationis* für das Consulat und für die Hälfte der übrigen Amtsstellen; für die andere Hälfte sollte den Comitien die freie Wahl verbleiben[1]. Durch diese Bestimmung, sowie durch die Einbringung der promulgirten *leges* bei den Comitien schien diesen formell wenigstens ihre bisherige Stellung im Verfassungsorganismus gewährleistet; von besonderen Bestimmungen über die Competenz der Centuriat- und Tributcomitien wird sonst nichts berichtet. Dagegen ist als ein wichtiges Glied in der Kette Cäsarischer Institutionen noch der *lex Julia municipalis* (schon Ende 46?) zu gedenken, welche mit dem Plane eines neuen Reichscensus im Zusammenhange stand und Bestimmungen über die Magistratswahlen und den Eintritt in die Curien der Landstädte Italiens gab: hier tritt der Sullanische Gedanke, daß die Municipien inländische politische Körper mit relativer Selbständigkeit und der Hauptstadt nebengeordnet seien, in voller Bestimmtheit auf.

*C.* Wie Sulla's republikanischer Plan, so bricht auch Caesar's monarchischer Plan wieder zusammen. Caesar hatte falsch gerechnet, die Schwerkraft der republikanischen Tradition unterschätzt, die Wucht der monarchischen Bedürfnisse überschätzt. Aus beiden mißlungenen Experimenten

---

1) *Comitia cum populo partitus est . . . Edebat (candidatos) per libellos: Caesar Dictator illi tribui: Commendo vobis illum et illum, ut vestro suffragio suam dignitatem teneant. Suet. Caesar* 41. Vergl. Mommsen *ib.* S. 710. Anm. 1.

konnte der Erbe Caesar's seine Erfahrung sammeln; ihm erst gelang die Staatsformel, in welcher die alten und die neuen Kräfte ihr Gleichgewicht fanden und die Schwingungen der Gracchischen Revolution zur Ruhe kamen. Man hat Caesar mit Servius Tullius verglichen[1]: ich möchte diesen Vergleich für Augustus reserviren und auf die oben[2] gezogene Parallele zwischen Tarquinius Priscus und Caesar zurückkommen, da uns ja Letzterer selbst, indem er seine Bildsäule neben denen der alten Regenten aufstellen ließ, ein gewisses Recht zur Parallelisirung des Cäsarenthums mit dem alten *Regnum* gegeben hat. Der Stifter der Tarquinischen Dynastie leitete vornehmlich den Staat in die neue Bahn griechischen Einflusses und großer administrativer Unternehmungen, vollzog eine bedeutende Staatserweiterung, stellte dem alten ein neues Religionssystem gegenüber, schuf neue Patricierfamilien, vermehrte die Körperschaften der Senatoren und Ritter und versuchte, unter Mißachtung der Auspicien, den Staat auf eine neue Basis zu stellen durch Gründung neuer Tribus und Hereinziehung der Familien ohne Bürgerrecht; in ihm tritt der Zug der Tyrannis zuerst völlig hervor; aber sein erster Umgestaltungsplan mißlingt: Rom wäre auf diesem Wege eine wirkliche Monarchie geworden. Erst dem Nachfolger gelingt die Lösung des Problems einer Versöhnung der alten und der neuen Elemente, und darum möchte ich den Augustus mit Servius Tullius, den Stifter der Julischen Dynastie aber, in welchem sich jene Tarquinischen Züge sämmtlich mehr oder weniger wiederfinden, mit Tarquinius Priscus zusammenstellen. Beide erfahren das gleiche Schicksal, indem sie unter dem Titel der Legitimität durch Mörderhand fallen. Von Beiden gilt, daß der Conflikt des Mannes mit der Tradition „ein allgemeinerer, tiefergehender Principienkampf, der Kampf einer neuen Staatsidee mit dem alten Staat“ und eine Abkehr von der bisherigen sacralen Grundlage war[3]. Tarquinius soll der Gründer des capitolinischen Jupitercultus als eines neuen Reichscultus gewesen seyn, und Caesar ward als Jupiter Julius unter den Göttern habilitirt.

Es ist nicht unwichtig, zu fragen, welchen Titel sich Caesar selbst zur eigentlichen und definitiven Bezeichnung seiner centralen Machtstellung im neugeordneten Reiche gedacht hat. *Imperator, Dictator, Rex?* Zur neuen Sache gehört auch ein neuer Name, und daß im *nomen* ein *omen* liege, wird am wenigsten Caesar übersehen haben; aber er ist die Antwort schuldig geblieben. Eher finden wir Antwort auf die Frage, was die Zukunft der Comitien, der Magistratur und des Senats im neuen Staatssystem war. Den Comitien war die Wahlcompetenz wesentlich beschnitten durch Cäsar's Empfehlungsrecht; wenn ihnen im Uebrigen ihre Thätigkeit bleiben sollte, so war es doch selbst blöden Augen erkennbar, daß in den Comitien nicht mehr der wahre *populus Romanus* präsent war, und die Fiction, daß sie den Staatswillen manifestirten, in Kürze zusammenbrechen müsse. Es war eine weise Handlung August's nachher, daß er den Senat befähigte, thatsächlich die Rolle der Comitien zu übernehmen; was aber sollte innerhalb des Cäsarischen Bauwerks an die Stelle der altersschwachen Comitien treten? Die Magistratur aus der Zeit der Republik war auf solche Competenzen reducirt, daß sie fast nur noch der Schatten der ehemaligen Stellungen war; wenn sie vollends abstarb und zur Titulatur herabsank, was sollte ihre Stelle einnehmen? Es bleibt immer nur die Antwort: Caesar (oder sein Nachfolger)

1) Mommsen Röm. Geschichte III. S. 468 (*ed.* 4). — 2) Exc. S. 204.
3) Schwegler Röm. Geschichte I. S. 695—9.

selbst; hatte er doch neben der Dictatur auch die Consulargewalt sich beigelegt[1] und an die Stelle der Autorität des Senats bereits seine eigene gesetzt; der Senat war aus einer Repräsentanz der Nation eine Kreatur des Herrschers geworden. So weist denn die Cäsarische Reichsidee einmal zurück auf das alte *Regnum*, worin ein einziger lebenslänglicher Magistrat neben den Comitien stand und der Senat kaum angefangen hatte, zur festen Institution zu werden, — zum andern aber hinaus auf das Diocletianische Staatssystem, in welchem Ein Wille im Mittelpunkt des Ganzen stehend die große Maschinerie in Bewegung hielt. Ein Anachronismus also jedenfalls, denn das Reich war zu groß geworden für Einen Magistrat, und die Völker noch nicht verlebt genug für den monarchischen Absolutismus. Caesar's Leistung für die Zukunft bestand darin, daß er durch seine eminente Persönlichkeit dem Monarchismus so viel Lebenskraft einhauchte, als erforderlich war, um der republikanischen Tradition eines halben Jahrtausends das Gleichgewicht zu halten und den Augustischen Dyarchismus überhaupt zu ermöglichen. Wenn es erlaubt ist, der Mommsen'schen Glorification Caesar's gegenüber einen Schatten auf das Bild dieses „einzigen Mannes" zu werfen, so ist es der Vorwurf, daß seine ganze Verfassung auf seine eigene Persönlichkeit zugeschnitten war und nur auf diese und auf keinen andern Römer paßte: ein ebenso eminenter staatsmännischer Fehler, wie Caesar's Persönlichkeit eminent war. Caesar's Staat sollte, sagt man, „nicht die orientalische Despotie von Gottes Gnaden, sondern die Monarchie, wie Gaius Gracchus sie gründen wollte, die Vertretung der Nation durch ihren höchsten und unumschränkten Vertrauensmann" sein; aber war denn nicht der Fingerzeig auf die Ahnfrau des Jupiter Julius, Venus Aphrodite, ein Fingerzeig auf den Orient, und woher sollte, wenn jener Vertrauensmann nicht unsterblich war, das Weltwunder eines neuen gleich würdigen Vertrauensmanns kommen? So ist denn Caesar's Staat ebenso schnell von der Erde verschwunden, wie der Alexander's des Großen, und nur Bruchstücke desselben waren es, welche August vorfand und für seinen Neubau gebrauchen konnte. Mommsen preist Caesar's Willen, das stehende Heer wieder als dienendes Glied in die bürgerliche Ordnung einzufügen und die militärische Gewalt der bürgerlichen unterzuordnen, er nennt es freilich auch einen Irrthum des Genies, „die einzige Illusion", welche zu bemerken sei; aber war nicht diese Illusion ein Theil jenes Grundfehlers des großen Mannes, daß sein Staat, um zu dauern, ein Genie von Caesar's Rang forderte? Auch in der Militärstaatsfrage hat August seinen Großoheim glücklich corrigirt. Zwar trat Octavius als Adoptivsohn und Erbe Caesar's auf, und nannte sich eines Gottes (*Divus Julius*) Sohn[2], aber weder Gott, noch König oder Herr des Staats wollte er heißen und seyn; er verließ in den wichtigsten Punkten die Spur Caesar's und erfand einen neuen Organisationsplan, in welchem die Militärsphäre ihren verfassungs- und zeitgemäßen Platz erhielt.

---

1) Im Stadtrecht von Genetiva 6, 15: *dictator, consul prove consule.* Vergl. unten S. 226.
2) Mommsen Röm. Staatsr. II. (*ed.* 2) S. 734.

# XXVIII. Kapitel.

## II. Die Rechtsquellen.

(Zu § 186—202.)

### I.

### Uebersicht der gesetzgeberischen Thätigkeit dieser Periode.

Zu § 187] Seitdem durch die *lex Hortensia* (287 v. Chr.) die völlige Unabhängigkeit der Tributcomitien festgestellt war, entwickelte sich eine große legislatorische Regsamkeit, welche sich unter dem Einflusse der Parteiagitationen zu fieberhafter Productivität steigerte. Die Massenhaftigkeit der Gesetze glich am Ende der Republik einer Alles überschwemmenden Flut. Die durch die bisherige Staatspraxis eingeführte Controle, welche dem Senat zustand, ward seit der *Lex Flaminia agraria* (232 v. Chr.)[1] oft durchbrochen; die *lex Appuleja agraria* (100 v. Chr.) zwang die Senatoren sogar, ihre Unterordnung unter das neue Gesetz zu beschwören. Die Vorschrift Sulla's, daß die einzubringenden Gesetzvorschläge im Senat vorberathen werden müßten, ward nicht immer respektirt. Von einer selbständigen legislativen Competenz des Senats gegenüber der Bürgerschaft war noch keine Rede. So ruhte fast die ganze Gesetzgebung jetzt auf den Tributcomitien; durch sie herrschte und regierte das Volk, oder vielmehr die jeweilig siegreiche Partei. Die Art und Ausdehnung dieser Gesetzgebung ergibt sich aus folgender Beispielsammlung.

*A. Jussa generalia* d. h. Comitialbeschlüsse, welche Allgemeines und Dauerndes betrafen, also stehende Einrichtungen hervorriefen[2]. Wir unterscheiden hier:

1) Gesetze über Staatseinrichtungen, und zwar a) *leges de comitiis,* welche namentlich Competenz und Stimmrecht betrafen; zu den letzteren gehören die *leges tabellariae* über Einführung eines geheimen Abstimmungsverfahrens in den Comitien (sowie in den Gerichtshöfen), z. B. die *lex Gabinia* (139), *Cassia* (137), *Papiria* (131), ferner die *leges de libertinorum suffragiis,* z. B. die *lex Aemilia* (115), *lex Cornelia* (des *Cinna:* 87), *lex Papiria* (84). Außerdem ist hier zu nennen die *lex Caecilia Didia* (98), welche die *promulgatio in trinundinum* vorschrieb und heterogene Bestimmungen *per saturam* zu rogiren verbot.

b) *Leges de Senatu* über Zusammensetzung, Sitzungen des Senats, Rechte und Beschränkungen der Senatoren, z. B. die *lex Claudia* (219), welche den Senatoren nebst ihren Söhnen untersagte, Handelsgeschäfte zu treiben, die *lex Atinia de tribunis plebis in senatum legendis* (216?), die *lex Pupia* über Unzulässigkeit von Senatssitzungen an *dies comitiales* (um 150), die *lex Cassia, ut, quem populus damnasset, cuive imperium abrogasset, in senatu non esset* (104), die *lex Cornelia, ne quis in senatu legibus solveretur, nisi ducenti affuissent* (67).

c) Gesetze über die behördlichen Organe und Functionen, namentlich aa) *leges de magistratibus,* z. B. das Gesetz über die Einsetzung eines *praetor peregrinus* zwischen 247 und 242, über die Einsetzung zweier Prätoren für die Provinzen (227), über die Wahl der 24 Militär-

1) Diese Durchsetzung eines Plebiscits gegen die *auctoritas senatus* galt dem Polybius (2, 21) als so verhängnissvoll, dass er von da an den Verfall der römischen Verfassung datirt.

2) Lange Röm. Alterth. II. § 131. 132.

tribunen der 4 ersten Legionen durch das Volk (207), die drei die Strafgewalt beschränkenden *leges Porciae* (198; 195; 184). Von den *leges Corneliae* (*dictatoriae:* 82—80 v. Chr.) des Sulla gehören hierher die *lex de magistratibus, de tribunicia potestate,* über die Vermehrung der Prätoren[1] und die *lex de XX quaestoribus,* von welcher sich ein Fragment erhalten hat[2]; aufgehoben wurden alle diese durch die *lex Pompeja* (70); eine andere ist die *lex Pompeja de jure magistratuum* (52). — bb) *Leges de provinciis* d. h. über die Verwaltung der Provinzen; das älteste Gesetz dieser Art war die *lex Porcia de provincialibus sumtibus* des Cato (195), welche die den Statthaltern zu leistenden Lieferungen einschränkte; die *lex Sempronia de provincia Asia* (122) handelte von der Verpachtung der asiatischen Abgaben durch die Censoren; auf die vor der Consulnwahl zu bewirkende Feststellung der zwei Consularprovinzen durch den Senat bezog sich die *lex Sempronia de provinciis consularibus* (123); umfassender war die *lex Cornelia de provinciis* (82—80), welche die Bekleidung der Statthalterschaften durch die abgehenden Magistrate überhaupt regeln sollte; endlich die dictatorische *lex Julia de provinciis* (46) beschränkte die Dauer der consularischen Provincialverwaltung auf 2, die der prätorischen auf 1 Jahr[3]. — cc) *Leges de sacerdotiis,* z. B. die *lex comitia de sacerdotiis* (104), welche die Wahl der politisch einflußreichen Collegien dem Volke übertrug; die diese wieder aufhebende dictatorische *lex Cornelia de sacerd.* (81), und die wiederum diese aufhebende *lex Atia de sacerd.* (63), welche durch die dictatorische *lex Julia de sacerd.* (46) ergänzt ward.

d) *Leges militares:* abgesehen von den Triumphalgesetzen[4] gibt es deren nur wenige allgemeine und zwar erst seit der beginnenden Ochlokratie, z. B. *lex Sempronia militaris* (123), welche die Anschaffung der Militärkleidung dem Aerar aufbürdete und das 17. Lebensjahr als Minimalsatz für den Eintritt in das Heer festsetzte, aber durch die *lex Junia militaris* (109) wieder aufgehoben wurde.

e) *Leges judiciariae,* welche die Aufstellung des *album judicum,* d. h. die Liste sowohl der Geschwornengerichte für die *quaestiones perpetuae,* als auch der *judices selecti* für den Civilproceß betrafen[5]; zuerst die *lex Sempronia judiciaria* (122), welche die Senatoren vom *album* ausschloß und dessen Bildung aus dem Ritterstande vorschrieb[6]; die *lex Plautia judiciaria* (89) verschaffte den Senatoren wenigstens die Möglichkeit, in das *album judicum* zu kommen, dadurch, daß sie die Bildung desselben dem *praetor urbanus* entzog und den (35) Tribus übertrug; dennoch blieben die Ritter im thatsächlichen Besitze der Gerichte. Erst die dictatorische *lex Cornelia judiciaria* (82—80) verordnete die Bildung des Album aus den Mitgliedern des durch Ritter ergänzten Senats; die *lex Aurelia judiciaria* (70) substituirte eine Bildung aus den drei Ständen der Senatoren, Ritter und Aerartribunen, wozu spätere Gesetze Zusätze brachten; endlich die dictatorische *lex Julia judiciaria* (46) schloß die Aerartribunen wieder aus.

2) Finanz- und Polizeigesetze: a) Finanzgesetze sind die *lex Flaminia minus solvendi* (217), welche den Uncialfuß, und die *lex Papiria,* welche den Semuncialfuß einführte, letztere vielleicht nur ein Artikel der *lex Plautia Papiria de civitate* (89); die *lex Caecilia de vectigalibus* (60),

1) s. oben S. 208. — 2) s. den folg. Excurs. — 3) s. oben S. 215.
4) s. unten sub B. 5. — 5) Vergl. Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 39.
6) *Appian bell. civ.* 1, 22; *Tac. Ann.* 12, 60.

welche die Zölle in Italien abschaffte. — b) Luxusgesetze[1] beginnen erst, als die Autorität der Censur und die Strafgewalt der Magistrate nicht mehr genügten: eine der ältesten scheint die schon von Plautus erwähnte *lex alearia* (Volksbeschluß? vor 204) gewesen zu seyn, welche das Würfelspiel untersagte. Das älteste Luxusgesetz im engern Sinne ist die *lex Metilia* (217?) gegen den Kleiderluxus; an sie schließt sich eine lange Reihe s. g. *leges sumtuariae*, welche mit der *lex Oppia sumtuaria* (215)[2] beginnt; dieselben betrafen den Luxus der Frauen überhaupt, den Luxus bei Festen und Gastmählern (*cibariae*), bei Leichenbegängnissen und bei Schenkungen; zu den *cibariae* gehörten namentlich die eng untereinander zusammenhängenden *leges Fannia* (163, auch als *lex centussis* d. h. 100 As gestattend, bezeichnet, weil sie das Maximum der auf Mahlzeiten verwendbaren Summen aufstellte), *Didia* (143), welche die vorige auf ganz Italien ausdehnte, *Licinia de sumtu minuendo*, welche die früheren revidirte, dann abrogirt und durch die dictatorische *lex Cornelia sumtuaria* (82—80) wieder hergestellt ward. Noch Cäsar gab eine ausführliche *lex Julia sumtuaria* (46). — c) Vereinsgesetze sind drei zu nennen: *lex Clodia de collegiis* (58), welche die durch ein früheres Senatsconsult (64) verbotenen *collegia* wieder zuließ und auch neue Vereine zu gründen erlaubte, die *lex Licinia de sodaliciis* des Crassus (55), welche gegen das durch die *sodalicia* organisirte Bestechungswesen mit strengerer Bildung des Schwurgerichts einschritt, und die dictatorische *lex Julia de collegiis* (46)[3], welche die vormaligen Vereinsbeschränkungen wieder einführte.

3) Civilproceßgesetze[4]: nach den *leges Silia, Calpurnia* und *Crepereja* (über das Succumbenzgeld von 125 Sesterzen)[5] ist die *lex Aebutia* zu nennen, welche neben dem *lege agere* den Formularproceß einführte, die *leges Juliae*, welche das *lege agere* als generelle Proceßform beseitigten, eine *lex Hostilia* über Stellvertretung bei der *actio furti*[6], und *lex Licinia* über die *actio communi dividundo*[7].

4) Gesetze über Criminalrecht und Criminalproceß[8]. Lange genügte die allgemeine Gerichtsbarkeit der Comitien und die Niedersetzung von *quaestiones extraordinariae;* den ältesten Strafgesetzen scheinen die *lex Fabia de plagiariis* (183) gegen Menschenraub, die *lex Cornelia Baebia* (181) und *lex Cornelia Fulvia* (159) gegen *ambitus* gehört zu haben. — Die späteren Strafgesetze, welche sich mit der einreißenden Sittenverderbniß häuften, pflegten zugleich das Untersuchungsverfahren durch Niedersetzung einer *quaestio perpetua* anzuordnen; so das erste dieser Art, die *lex Calpurnia de pecuniis repetundis* (149), welcher eine Reihe Repetundengesetze sich anschloß; die *lex Gabinia* und *lex Appuleja de majestate*, und die *lex Remmia de calumniatoribus* vor Sulla; die dictatorischen *leges Corneliae repetundarum, de majestate, de sicariis et veneficis, de falsis* (auch *Cornelia testamentaria* und *nummaria* genannt, weil sie auch Fälschung von Testamentsurkunden und Münzen verbot), *de injuriis* u. bez. *de adulteriis et pudicitia*[9]. Diese Sullanische Quästionenordnung war eine hervorragende Erscheinung; man könnte sie, wenn die XII Tafeln dem Sachsenspiegel zu vergleichen

---

1) Rudorff *l. c.* § 14. — 2) Liv. 34, 1. — 3) *Suet. Caes.* 42.
4) Rudorff *l. c.* § 43. 44. — 5) Gai. 4, 95.
6) *s. pr. J. de iis per quos agere possumus* (4, 10).
7) *fr.* 12. *de alienatione judicii mut. c. f.* (4, 7). — 8) Rudorff *l. c.* § 30—39. 42.
9) *Dig. lib.* 48; *Coll. leg. Mos.* 4, 2, 2; *Plut. comp. Lys. et Sull.* 3.

wären, die Carolina der Römer nennen: die Carolina war ja gleichfalls ein Strafcodex und das erste Gelingen eines legislativen Unternehmens. Nach Sulla sind die *lex Plautia de vi* (vor 63) und mehrere *leges de ambitu* (so das consularische Gesetz Cicero's *lex Tullia de ambitu:* 63) zu nennen und aus Caesars Zeit die umfassende *lex Julia de pecuniis repetundis* (59), zwei *leges Pompejae de paricidio* (55) und *de ambitu* (52) und zwei dictatorische *leges Juliae de vi* und *de majestate* (46).

5) Privatrechtsgesetze[2]. Ihre Zahl ist groß, doch ihre Genesis nicht immer genau bestimmbar. Hierhin gehören: die *leges de tutela: Atilia* (vor 186), *Titia* (etwa 99?) und *Julia* (von Caesar oder August?); die *lex Atinia de rebus furtivis* (um 216? oder 197)[3], die *lex Julia et Plautia de usucapione rerum vi possessarum* (Theile der gleichnamigen *leges de vi* vor 63); die *lex Plaetoria de cura minorum s. de circumscriptione adolescentium* (vor 192); die *lex Cincia muneralis* (204); die *lex Maenia de dote* (186)[4]; *lex Voconia de mulierum hereditatibus* (169) unter Cato's Einfluß. Auf Schuld- und Bürgschaftsverhältnisse bezogen sich die *lex Sempronia*[5], *ut cum sociis ac nomine Latino pecuniae creditae jus idem quod cum civibus Romanis esset* (193), wodurch, um die Umgehung der römischen Wuchergesetze zu verhüten, den noch immer autonom verbündeten Lateinern, welche von den römischen Capitalisten in den Zinscontracten als Gläubiger vorgeschoben wurden, eine Veränderung ihres Privatrechts willkürlich octroyirt wurde[6]; ferner die *lex Gabinia, ne provincialibus liceret Romae versuram facere* (67 v. Chr.)[7]; die dictatorische *lex Julia de modo credendi possidendique intra Italiam* (49), welche, um die Ueberschuldung des italischen Grundbesitzes zu hemmen, den Capitalisten nur eine mit ihrem Grundbesitz im Verhältniß stehende Summe auf Zinsen auszuleihen erlaubte; endlich die *lex Pompeja* und *lex Cornelia de sponsu* (88), welche für Bürgschaftscontracte genaue Angabe des Schuldverhältnisses und einen Maximalsatz von 20,000 Sesterzen (innerhalb eines Jahres für denselben Schuldner und denselben Gläubiger) vorschrieben. Den Schluß der Privatrechtsgesetze der republikanischen Zeit macht die *lex Falcidia de legatis* (40).

*B. Jussa specialia* (*privilegia*), d. h. die Volksschlüsse, welche Individuelles und Vorübergehendes betrafen[8]. Wir unterscheiden hier, abgesehen von den zahlreichen in alle Theile des Staatslebens einschlagenden Exemtions- und Dispensationsbeschlüssen, folgende Gruppen:

1) *Leges de civitate* und *municipales*, d. h. Verleihungen des Bürgerrechts an Einzelne und an Gemeinden, z. B. die *lex Valeria* (188), welche den Formianern, Fundanern und Arpinaten die *civitas cum suffragio* gab, die *lex Julia* (90), welche den *sociis* und *Latinis* die *civitas*, wenn sie dieselbe annehmen wollten, versprach, die *lex Pompeja* (89), welche der *Gallia cispadana* die Civität und der *transpadana* die Latinität verlieh, die *lex Julia de Siculis* (44), welche Antonius nach Cäsar's Tode durchsetzte, um den Siculern, denen Cäsar selbst nur die Latinität hatte geben wollen, die Civität zu verleihen. „Uebrigens verlieh Cäsar in einzelnen Fällen auch ohne Ermächtigung durch Volksbeschluß das Bürgerrecht. Dagegen wurden von ihm Volksbeschlüsse über die innere Organisation von italischen Bürgergemeinden veran-

1) s. unten Exc. zu Kap. 31. — 2) Rudorff *l. c.* § 21—25. 28. 29. 40.
3) s. Rudorff *l. c.* § 29. — 4) s. Voigt d. *lex Maenia de dote* (1866) S. 2—5. 20.
5) s. Cursus § 188. — 6) Liv. 34, 7; 35, 7. — 7) *Cic. ad Att.* 5, 21; 6, 2.
8) Vergl. Lange Röm. Alterth. II. § 133.

laßt, während in früheren Zeiten für ähnliche Organisationen in Municipien und Provinzen eine den römischen Magistraten vom Senat ertheilte Vollmacht genügt hatte". Volksschlüsse der bezeichneten Art sind die *lex Rubria de Gallia cisalpina* (49) und die *lex Julia municipalis* (45)[1].

Außerdem sind solche Gesetze zu nennen, welche der betrügerischen Erschleichung des Bürgerrechts entgegentraten und die Nichtbürger aus Rom in ihre Heimat verwiesen, wie die *lex Claudia* (177), *lex Junia* (126), *Licinia Mucia* (95), *lex Papia* (65).

2) *Leges agrariae* und *de coloniis deducendis*[2]. Die ersteren betrafen die Auftheilung der durch Eroberung dem Staate zugefallnen Domänen im Interesse der Armen, und sind nicht zu verwechseln mit den sog. *leges agrorum*[3]; zu ihnen gehören die *lex Sempronia* des Tiberius Gracchus (133) und Gaius Gracchus (123), die *lex Julia* Cäsar's (59). Zu den anderen gehören die *lex Atinia de V coloniis in oram maritimam deducendis* (197), die *lex Sempronia de coloniis Tarentum et Capuam deducendis* (122), die *lex Rubria de colonia Carthaginem deducenda* (122).

3) Wohlfahrtspolizeiliche Gesetze[4]: a) *Leges viariae* über Straßenanlagen auf Staatskosten, worüber jedoch eigentlich der Senat zu beschließen hatte; Beispiel ist die *lex Sempronia* v. J. 122. — b) *Leges frumentariae* über Getreidelieferungen zu herabgesetzten Preisen: die älteste ist die *lex Sempronia* (122), welche jedem in der Stadt lebenden Bürger gestattete, monatlich 5 modii für nur $6^1/_3$ As in Empfang zu nehmen[5]; wiederhergestellt durch die *lex Cassia Terentia* (73). — c) *Leges de aere alieno* d. h. über Minderung der Schuldenlast von römischen Bürgern, wie z. B. die *lex Cornelia Pompeja unciaria* (88) und die *lex Valeria* (86), welche die Gläubiger um 75 Procent verkürzten, die dictatorische *lex Julia de pecuniis mutuis* (49), welche die Gläubiger um 25 Procent verkürzte. Diese auch als *leges de novis tabulis* bezeichneten Gesetze enthielten allerdings empfindliche Eingriffe in die Privatrechte, waren aber Nothakte der Staatsgewalt zur Minderung des furchtbaren Schuldendrucks und der politischen Abhängigkeit der Schuldner. „Wenn man den hohen Zinsfuß des Alterthums in Anschlag bringt, so wird man begreifen, wie auch bei sparsamster Wirthschaft und Anstrengung aller Kräfte eine in der Noth contrahirte Anleihe sich zu einer Lawine gestalten konnte, die den Mann und sein ganzes Hauswesen unter sich begrub. Nur so erklärt sich die colossale Ausdehnung, die das Schuldenmachen in Rom gewann, und der furchtbare Druck, den es ausübte. Die *novae tabulae* waren periodische Aderlässe, welche durch die Stockungen im gesellschaftlichen Organismus mit Nothwendigkeit geboten waren"[6]. Hieher kann auch die *lex Julia de publicanis* (59) gestellt werden, welche den Publicanen ein Drittheil ihrer Pachtsummen erließ.

4) *Leges de quaestionibus extraordinariis:* solche Plebiscite über Aburtheilung abtrünniger Bürger und Gemeinden (*quaestio de civitate*) wurden nach und nach üblich, während früher dazu ein Senatsconsult genügt hatte, z. B. die *lex Atilia* (210), welche den Senat ermächtigte, als Geschwor-

---

1) s. den folg. Excurs. — 2) Rudorff *l. c.* § 16.

3) welche sich auf das Landgebiet von Colonien und Municipien bezogen und die Bedeutung von Stiftungsurkunden hatten.

4) Rudorff *l. c.* § 17—19. — 5) *Cic. Tuscul.* 3, 20.

6) Ihering Geist d. R. R. II. § 28. 34. Dazu Niebuhr Röm. Gesch. II. S. 23 ff.

nenhof über die Campaner zu urtheilen[1]. Außerdem häuften sich Plebiscite zur Aburtheilung anderer politischer und nichtpolitischer Verbrechen, z. B. *lex Petillia de pecunia regis Antiochi* (187), durch welche eine Quästion wegen *peculatus* über *Scipio Asiaticus* niedergesetzt wurde. Das Recht zu solchen Plebisciten ward gegenüber dem Senat durch die *lex Sempronia, ne de capite civium Romanorum injussu populi judicaretur* (123) gesichert, und auch nach der Einführung und Vermehrung der *quaestiones perpetuae* kamen *quaestiones extraordinariae* immer noch vor; berühmt sind die *lex Pompeja de vi* (52), welche eine solche Quästion über die Ermordung des Clodius niedersetzte, und die von Octavian veranlaßte *lex Pedia de interfectoribus Caesaris* (43). Hieher gehören auch solche Plebiscite, welche sich auf Verbannte bezogen, die Verbannung bestätigend (*justum exilium esse*) oder wiederaufhebend (*revocatio*), z. B. die *lex Calidia de Metello Numidico revocando* (99) und die von Antonius aus den Akten Cäsar's durchgesetzte *lex Julia de exulibus revocandis* (44).

5) *Leges triumphales*, welche im Falle der Verweigerung Seiten des Senats Triumph bewilligten oder den Proconsuln und Proprätoren behufs des Triumphs ephemeres Imperium gewährten, z. B. das Plebiscit v. J. 211: *ut M. Marcello, quo die urbem ovans iniret, imperium esset.* Hieher gehören auch das Plebiscit v. J. 167, welches dem Aemilius Paulus Triumphaltracht bei den Spielen gestattete, und die *lex Antonia* (44), wonach der Monat Quintilis zu Ehren Cäsar's fortan *Julius* heißen sollte.

6) Plebiscite über Friedensschlüsse und Bundesverträge, so die *lex Acilia Minucia* (201) über den Frieden mit den Karthagern; die *lex Julia de rege Alexandrino* (59), durch die Ptolemäus Auletes als König von Aegypten und als *amicus populi Romani* anerkannt ward; die von Antonius durchgesetzte *lex Julia de rege Dejotaro* (44), durch welche dieser die ihm von Cäsar genommenen Gebiete wieder erhielt.

7) *Leges de prorogando, abrogando* und *constituendo imperio:* die ersteren kamen nur ausnahmsweise vor, da regelmäßig der Senat hierüber beschloß; die anderen waren gleichfalls selten, da sie gegen das Princip der Unabsetzbarkeit der Magistrate verstießen; die dritten waren die häufigsten, da, wenn in Provinzen Private mit einem außerordentlichen *imperium proconsulare* gesendet werden sollten, die Mitwirkung der Comitien erforderlich war. Berühmt ist die *lex Gabinia de bello piratico* oder *de uno imperatore contra praedones constituendo* (67), wodurch Pompejus ein *imperium* auf 3 Jahre, und die *lex Manilia de bello Mithridatico* oder *de imperio Pompeji* (66), wodurch derselbe die Führung des Kriegs gegen Mithridat und Tigranes erhielt. Auch die *lex Titia* (43) kann hieher gestellt werden, wodurch Lepidus, Antonius und Octavian als *triumviri reipublicae constituendae* mit proconsularischem *imperium* auf 5 Jahre bekleidet wurden.

## II.

## Ueberlieferte Rechtsquellen aus der 3. Periode.

Zu § 187. 188] Die Kunde der Rechtsquellen dieser Periode verdanken wir großentheils kurzen Angaben und allgemeinen Beschreibungen, welche

1) Liv. 26, 33. 34.

sich in den alten Geschichtsschreibern und sonstigen Schriftstellern finden. Nur wenige sind uns textlich überliefert. Wir nennen solche Ueberlieferungen des Wortlauts Rechtsdenkmäler (*monumenta juris*) und besitzen Sammlungen derselben von größerer oder geringerer Genauigkeit, Vollständigkeit und Umfassung. Zu den alle Formen der Ueberlieferung umfassenden Sammlungen gehören die von Barn. Brissonius[1], Ant. Terrasson[2], Gust. Haubold[3], E. Spangenberg[4] und Gust. Haenel[5].

Der Form nach sind die Ueberlieferungen zu unterscheiden, je nachdem sie mittelbare oder unmittelbare Ueberlieferungen sind. Mittelbare sind solche, welche durch Mittheilung von Schriftstellern auf uns gekommen sind; sie sind theils in der römischen, theils in der griechischen (Profan- und Kirchen-) Literatur enthalten, z. B. bei Polybius, Josephus, Gellius, Festus. Unmittelbare sind solche, welche in Urkunden oder Inschriften (auf Erz- oder Marmortafeln) erhalten sind. Urkunden sind in den Sammlungen von Marini[6], Spangenberg[7] und Göttling[8] zusammengestellt; Inschriftensammlungen sind von Gruter, Muratori, Orelli, Th. Mommsen, Hübner u. A.[9]

Aus der 3. Periode Rom's sind folgende Rechtsdenkmäler hervorzuheben[10]:

1) Inschrift von Lucera, auf einem (jetzt in ein Haus eingebauten) Steine, zu Lucera in Apulien gefunden und 1861 zuerst bekannt gemacht. Sie enthält ein amtliches Verunreinigungsverbot aus der Zeit von 250—200 v. Chr. zu Gunsten eines heiligen Hains und ist besonders wegen der Aufstellung einer popularen *manus injectio pro judicato* (bis zum Betrage von 50,000 Sesterzen) interessant[11].

2) *Senatusconsultum de Bacchanalibus.* 1640 ward in Calabrien die jetzt zu Wien befindliche Erztafel gefunden, auf welcher der Text des 168 v. Chr. zur Einschränkung des ausgearteten Bacchuskults[12] erlassenen Senatsbeschlusses nebst einem römischen Consularschreiben enthalten ist. Dieses ist an die Gemeinde der Teuraner (*Terina*) gerichtet und befiehlt die Bekanntmachung jenes Senatsbeschlusses, auf Grund dessen die *quaestio extraordinaria de clandestinis conjurationibus* über ganz Italien erstreckt wurde[13].

3) S. g. *lex Servilia repetundarum.* Von der bereits im 16. Jahrh. bekannten Erztafel, auf deren Vorderseite dieses Gesetz steht, ist nur der obere Theil (die kleinere Hälfte) bruchstückweise erhalten; 4 Bruchstücke

---

1) *De formulis et sollennibus populi Romani verbis. Ed. Conradi* 1731; *ed. Bach* 1754.

2) *Histoire de jurisprudence Romaine* (1750). Im Anhang: *Veteris jurispr. rom. monumenta quae extant.*

3) *Antiquitatis Romanae Monumenta legalia extra libros juris Rom. sparsa. Ed. Spangenberg* 1830. Beschränkt auf Quellen des öffentlichen Rechts.

4) *Juris Romanae tabulae negotiorum sollemnium* (1822). Beschränkt auf Urkunden und Akten über Privatrechte.

5) *Corpus legum ab Imperatoribus Rom. ante Justinianum latarum, quae extra constitutionum codices supersunt* (1858).

6) *I Papiri diplomatici* (*Rom*, 1805). — 7) s. oben Anm. 4.

8) Funfzehn römische Urkunden (1845).

9) Im Auftrage der Berliner Akademie der Wissenschaften: *Corpus inscriptionum latinarum* 1862 ff.

10) Vergl. im Allgemeinen Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 81. 83. Danz Lehrb. d. Gesch. d. R. R. I. § 47. 48. Lange Röm. Alt. I. § 9 (*ed.* 3. S. 20. 21.). Bruns *Fontes juris Rom.* (*ed.* 3) *p.* 43—79. 82—4. 87—99. 131—3.

11) Mommsen in d. *Ephemeris epigraph. II,* 193. Bruns in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XII. S. 127 ff.

12) *Liv.* 39, 8—19. *Val. Max.* 6, 3, 7. Vergl. Lange Röm. Alt. II. § 107.

13) Abdruck der Tafel mit Erläuterung von Mommsen im *Corp. inscr. latin. I.* No. 196; Facsimile in den beigefügten *tabulae lithogr.* (1862) No. 18.

werden zu Neapel, 2 kleinere zu Wien aufbewahrt, ein siebentes im 16. Jahrh. zu Paris befindliches ist verschollen. Noch Klenze[1], welcher den Text zu restituiren unternahm, hielt das Gesetz für die *lex Servilia* (a. 111); Zumpt[2] aber vermuthete die in die Gracchenzeit (a. 123 oder 122) gehörige *lex Acilia repetundarum*, durch welche die *lex Sempronia judiciaria* — namentlich ihre Neuerung, die Bildung der Geschwornenliste aus dem Ritterstande — speciell auf den Repetundenproceß angewendet wurde, und diese Vermuthung ist durch Mommsen[3] und Rudorff[4] bestätigt, auch von Lange[5] und Bruns[6] anerkannt worden.

4) S. g. *lex Thoria agraria*. Sie befindet sich auf der Rückseite der sub 3) beschriebenen Tafel und ist von Neueren restituirt worden[7]. Das Gesetz wurde seit Sigonius (1576) für die *lex Thoria* (a. 119) gehalten, d. h. für das zweite jener drei von Appian[8] erwähnten Gesetze, durch welche die Gracchische Agrargesetzgebung wieder beseitigt werden sollte; Mommsen aber hat gezeigt, daß es vielmehr die dritte *lex agraria* (a. 111) ist (vielleicht, wie Lange vermuthet, eine *lex Baebia*), welche umfassende Bestimmungen über den *ager publicus* in Italien, Afrika und Korinth, über die jurisdictionelle Competenz der Consuln, Prätoren, Censoren und Proconsuln in Bezug hierauf gab und die durch die *lex Thoria* eingeführte Abgabenpflicht der Domänenbesitzer wieder aufhob[9].

5) *Tabula Bantina*. 1793 (oder 1790?) ward zu Oppido in Lucanien das jetzt zu Neapel befindliche Bruchstück einer Erztafel gefunden, wozu später noch zwei kleine von Avellino gefundene Bruchstücke hinzukamen. Auch diese Tafel war (gleich der sub 3 und 4 beschriebenen) opistographisch, d. h. mit Text auf beiden Seiten. Die Vorderseite zeigt lateinischen Text (die Schlußsanction eines Gesetzes enthaltend), entweder aus einem Strafproceßgesetz um 120 v. Chr. — *lex Acilia?*[10] *lex Licinia de ambitu?*[11] *lex Plautia judiciaria?*[12] —, oder aber aus der Aufzeichnung eines revidirten Bundesvertrags zwischen Rom und Bantia, welchen Mommsen in die Zeit 133—118 setzt[13]. Der auf der Rückseite befindliche Text ist im oskischen Dialekt, und wird von Mommsen[14] für eine Uebersetzung der Vorderseite, von Kirchhoff[15], Lange[16] und Huschke[17] für das von Rom den Bantinern verliehene Stadtrecht (aus der Zeit um 200 oder aber um 100 v. Chr.) gehalten.

6) *Lex parieti faciundo Puteolana* auf einer jetzt zu Neapel befindlichen Marmortafel. Ist ein Lokalgesetz v. J. 105 v. Chr., welches einen Bau vor dem Tempel des Serapis zu Puteoli betrifft[18].

---

1) *Fragmenta legis Serviliae repet. conjunxit, restituit, illustravit* (1825).
2) *de legibus judiciisque repet.* (1842) *p.* 20 *sq.* — 3) *Corp. inscr. lat. I. p.* 40 *sq.*
4) Abhandl. d. Berl. Akad. d. Wiss. 1861. S. 411 ff. und in Puchta's Curs. I. § 71. Anm. n.
5) R. Alt. III. § 138 (*ed.* 2. S. 40). — 6) *Fontes jur. R. p.* 50.
7) Dirksen Civ. Abhandl. II. S. 166. Rudorff Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. X. S. 1 ff. Ders. Röm. Rechtsgesch. I. § 81 und in Puchta's Curs. I. § 72. Anm. l. m. Mommsen Berichte d. sächs. Ges. d. Wiss. 1850. S. 89 ff. Ders. Röm. Gesch. II (*ed* 4) S. 131. und im *Corp. inscr. lat. I. p.* 75 *sq.*
8) *bell. civ.* 1, 27. Vergl. Lange R. Alt. III. § 139 (S. 49—56).
9) Vergl. auch Rudorff Röm. Rechtsgesch. II. § 87 und in Puchta's Curs. I. § 72. Anm. l. m. Danz Lehrb. d. Gesch. d. R. R. I. § 47. Anm. 1.
10) Klenze Rhein. Mus. f. Philol. II. S. 28 ff.
11) Huschke in Richter's Jahrbb. 1842. S. 291. — 12) Göttling Röm. Staatsverf. S. 456.
13) Mommsen Unterital. Dialecte (1850) S. 145 ff. und im *Corp. inscr. lat. I.* No. 197. Rudorff jetzt beistimmend in Puchta's Curs. I. § 71. Anm. f.
14) Unterit. Dial. S. 145 ff. — 15) Stadtrecht von Bantia (1853) S. 90 ff.
16) Osk. Inschrift der *tabula Bantina* (1853).
17) Osk. und sabell. Sprachdenkmäler (1856) S. 59 ff. Ders. Die Multa (1874) S. 61. 504.
18) Haubold *Monum. legal. p.* 171 *sq.*

7) *Lex* (*Cornelia*) *de scribis, viatoribus et praeconibus*, enthalten auf einer Erztafel, die im 16. Jahrh. zu Rom gefunden jetzt in Neapel aufbewahrt wird und oben am Rande als 8. Tafel der Sullanischen *lex de viginti quaestoribus* (a. 81 v. Chr.) markirt ist. Obige Bezeichnung der *lex* ist daher entnommen, daß dieser Theil des umfassenden Gesetzes von den Subalternbeamten der Quästoren handelt[1].

8) *Senatusconsultum Lutatianum* auf einem Erztafelstück im 16. Jahrh. zu Rom gefunden und jetzt in Neapel. Von dem lateinischen Text ist nur das Ende, von dem hinzugefügten griechischen Text der größere Theil erhalten. Es ertheilte (a. 78 v. Chr.) drei griechischen Schiffscapitänen (*Asclepiades* und Gen.) bei ihrer Dienstentlassung nach treuer und verdienstlicher Thätigkeit für ihre Person sowie ihre Nachkommenschaft Freiheit von allen öffentlichen Lasten und Steuern nebst anderen speciell beschriebenen Privilegien[2].

9) *Plebiscitum de Thermensibus s. lex Antonia Corneliana Fundania*[3], enthalten auf einer Erztafel, die im 16. Jahrh. zu Rom gefunden gleichfalls jetzt in Neapel aufbewahrt wird, ehedem vollständig lesbar, jetzt theilweise verdorben ist. Sie scheint die erste aus einer Reihe (5?) Tafeln, welche sich vielleicht auf verschiedene Städte Asiens bezogen, zu seyn, gehört dem J. 73 v. Chr. an und verleiht der Stadt Thermessus in Pisidien die Rechte der *libera civitas*, das Recht eigener Besteuerung, Freiheit von Besatzung u. s. w.[4]

11) *Lex Furfensis templo dedicando dicta* auf einem neuerdings in den Ruinen des (im Sabinerlande gelegenen) Ortes Furfo gefundenen Steine. Die Widmung gilt dem Jupiter und ist aus d. J. 58 v. Chr.[5]

12) *Lex Rubria de Gallia cisalpina*, früher auch wohl als *lex Galliae cisalpinae* bezeichnet[6]. 1760 wurde in den Ruinen von Veleja (bei Placentia) eine jetzt zu Parma aufbewahrte Erztafel ausgegraben, welche als 4. Tafel markirt ist, und da sie nicht das Ende enthält, einer Reihe von mindestens 5 zusammengehörigen Tafeln angehört. Sie enthält etwas mehr als 3 Kapitel (Kap. 19—23) eines Volksschlusses über die Provinz *Gallia cisalpina*, ist zuerst in Italien 1780, in Deutschland zuerst (1797) durch Hugo veröffentlicht und seit Puchta und Savigny als Stück einer für Veleja gefertigten Abschrift der i. J. 49 (oder 48?)[7] entworfenen und bald nachher (jedenfalls vor 41) in Ausführung gebrachten *lex Rubria* erkannt worden. *Gallia cisalpina* war proconsularische Provinz, aber ihre cispadanischen und dann ihre transpadanischen Stadtbewohner hatten, letztere i. J. 49 durch Caesar, die Civität erhalten; die Hinzuschlagung der ganzen Provinz zu Italien ward geplant und i. J. 44 ins Werk gesetzt. Mit diesem Plane nun hing die im Entwurf wohl von Caesar herrührende *lex Rubria* zusammen: sie enthielt eine Gerichtsordnung für die von der Proconsularjurisdiction befreiten cisalpinischen Municipien, bestimmte die civilprocessuale Competenz der Municipalgerichte im Verhältniß zum römischen Prätor und folgte in der

---

1) Mommsen *ad legem de scribis etc.* (1843) und im *Corp. inscr. lat. I.* No. 202.
2) *Corp. inscr. lat. I.* No. 110.
3) so benannt nach den drei rogirenden Volkstribunen.
4) Dirksen Versuche z. Kritik d. Quellen (1823) S. 137 ff. *Corp. inscr. latin. I.* No. 204.
5) *Corp. inscr. lat. I.* No. 603. Bruns *l. c.* S. 84. 85.
6) Puchta Kleine civ. Schriften (1851) S. 71 ff. v. Savigny Verm. Schriften III. S. 319. 323. 378. 384. — Deutsche Uebersetzung dieses für das ältere Privatrecht und die Ordnung des prät. Edikts ungemein wichtigen Gesetzes s. bei Hugo civil. Magazin II. S. 488 ff.
7) Vergl. Lange R. Alterth. III. (*ed.* 2) § 159 (S. 420).

Anordnung der Materien dem prätorischen Stadtedikt[1]. In den uns erhaltenen Kapiteln (bez. den Bruchstücken von Kap. 19 und 23) ist von der *operis novi nuntiatio*[2], *cautio damni infecti,* dem Recht zur Ernennung des Geschworenen, der *confessio in jure* bei *pecunia certa credita,* von sonstigen Personalklagen, zuletzt vom *judicium familiae herciscundae* gehandelt und dabei die Competenz der städtischen Gerichte auf den Maximalbetrag von 15,000 Sesterzen eingeschränkt, die Competenz für höhere Beträge und überhaupt für die Execution dem römischen Prätor vorbehalten[3].

13) *Tabula Heracleensis.* 1732 wurde bei Heraclea (in der Nähe von Tarent) ein Stück einer Erztafel gefunden, welches nach Neapel kam (s. g. *aes Neapolitanum*); ein kleineres Stück derselben Tafel gelangte 1735 nach England (*aes Britannicum*) und von da später gleichfalls nach Neapel, wo beide Stücke zusammengestellt und zuerst 1755 von Mazochi (unter der Bezeichnung *tabulae Heracleenses*) veröffentlicht wurden. Auf der Rückseite der Tafel befindet sich eine griechische Inschrift, einen Volksschluß der Stadt Heraclea enthaltend; auf der Vorderseite aber sind 163 Zeilen eines römischen Gesetztextes zu lesen, welcher wahrscheinlich eine für Heraclea gefertigte Abschrift ist. Der Name des Gesetzes, auch die Frage, ob es ein einziges Gesetz oder ein Excerpt mehrer römischer Gesetze sei, sowie der eigentliche Zweck des Gesetzes oder der Abschrift hat mancherlei Hypothesen und Controversen[4] veranlaßt. Auffallend schien, daß die Tafel allerhand auf die Stadt Rom und ihre Bannmeile berechnete polizeiliche Vorschriften und außerdem allgemeine Grundsätze über die Municipalverfassung der italischen Landstädte enthält[5]. v. Savigny[6] erkannte den Text als die *lex Julia municipalis* Caesar's aus d. J. 45 v. Chr. und erklärte das Gesetz für eine *lex satura* (d. h. verschiedene Materien ohne Zusammenhang enthaltend). Dasselbe bildete auf Jahrhunderte hinaus die Grundlage der städtischen Verfassungen Italiens, wurde von den römischen Juristen wissenschaftlich erläutert und wird noch in der Ueberschrift eines Digestentitels (*Dig. 50, 1: ad municipalem sc. legem*) genannt. Puchta[7], davon ausgehend, daß wir auf der Tafel nicht den ganzen Inhalt des Gesetzes haben, meint, daß dem uns überlieferten Inhalt Grundsätze über die Verwaltung der städtischen Angelegenheiten durch Senate und Magistrate und das Verhältniß der Stadtbürger voraufgegangen, und daß sämmtliche, auch die polizeilichen, Vorschriften nicht bloß für Rom, sondern zugleich für alle italischen Städte bestimmt gewesen seien. Mommsen[8] unterstützt diese Ansicht durch das Bemerken, daß Caesar's Absicht dahin gegangen sei, durch Ausdehnung der zunächst für Rom aufgestellten Grundsätze auf die italischen Municipien der Hauptstadt ihre Reichsbedeutung zu nehmen.

14) *Lex coloniae Genetivae Juliae s. Ursonitana.* 1871 wurde

---

1) „Denn dieses war die Gerichtsordnung für Rom, jenes die Gerichtsordnung für die cisalpin. Municipalgerichte; bekanntlich aber stehen im röm. Staat die röm. und die municipalen Gerichte in dem Verhältniss von Regel und Ausnahme, so dass diesen nur eine singuläre Gerichtsbarkeit zukommt." Mommsen. — 2) Speciell dazu s. Stölzel d. Lehre v. d. *op. novi nunt.* (1865) S. 262 ff.

3) Ueber Ordnung und Inhalt der *lex Rubria* s. v. Savigny Zeitschr. f. gesch. R.-W. IX. S. 331 ff. XI. S. 50 ff. (Verm. Schr. III. S. 378—400). Puchta *ib.* X. S. 195 ff. (s. kl. civ. Schr. l. c.). Leist Rechtssysteme (1850) S. 39. 87. Huschke Gaius S. 203 ff. Rudorff in Puchta's Curs. I. § 90. Anm. h. i. Mommsen *Corp. inscr. lat. I.* No. 205 und in Bekker's Jahrb. II. S. 319 ff.

4) Vergl. Danz § 47. No. 5.

5) Marezoll *Fragm. legis Rom. in aversa tabulae Heracl. parte* (1816). Dirksen Civil. Abhandl. II. S. 151 ff. (dazu Sanio z. Erinnerung an Dirksen, 1870. S. 16—18). Hugo Civ. Magaz. III. S. 342 ff.

6) Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft IX. S. 348 ff. (mit späteren Nachträgen in seinen verm. Schriften III. S. 279—412, bes. S. 341 ff.). — 7) Curs. d. Inst. I. § 90.

8) *Corp. inscr. lat. I.* No. 206. Vergl. auch Hirschfeld Philologus 1869. S. 90 ff.

ein bei Osuna in Andalusien (dem alten Urso in *Hispania Baetica*) gemachter Fund von 3 Erztafeln, 1875 der von 2 Erztafeln bekannt, welche sich sämmtlich als zusammengehörig erwiesen haben und ein Bruchstück des Stadtrechts der von Antonius auf Caesar's Befehl ausgeführten Bürgercolonie zum Inhalt haben. Die beiden ersten eigentlich 1 Tafel bildenden Tafeln enthalten Kap. 91—106 der *lex*, die dritte Kap. 123—134[1], die später bekannt gewordenen gehen ihnen voran, indem sie Kap. 61—82 der *lex* enthalten[2]. Die Ausführung jener Colonie in das Gebiet der im Bürgerkriege zerstörten Stadt Urso fällt in d. J. 44 v. Chr.; dieser Zeit gehört auch das Stadtrecht an, aber die uns überlieferte Inschrift scheint erst im Ausgange des 1. Jahrh. n. Chr. (zum Theil vielleicht noch später) angefertigt zu seyn, etwa gleichzeitig mit der Inschrift von Salpensa. Die zuerst bekannt gewordenen 3 Tafeln befinden sich jetzt zu Malaga, die anderen 2 zu Madrid. Mommsen entnimmt aus Kap. 97 und 104 dieser *lex coloniae*, daß in einer besonderen *lex Julia* Caesar's[3] ein allgemeines Schema für Coloniegesetze aufgestellt worden sei, welchem auch die *lex col. Genet.* entsprach. Am ausführlichsten sind in derselben die Bestimmungen über den Gemeinderath (*decuriones*); als regelmäßige Beamte nennt sie nur *duoviri* und *aediles* und schreibt den ersteren *jurisdictio* und selbst *imperium* zu. Interessant ist namentlich auch Kap. 61, wo die *manus injectio judicati jure*, die Stellung eines *vindex locuples*, das *secum ducere* und *jure civili vinctum habere* behufs der Execution aufgeführt werden[4].

## III.

### Die Thätigkeit des Juristenstandes.

Zu § 194] Die juristische Praxis und Literatur wuchs in Rom aus der ganzen Breite und Fülle des Nationallebens hervor, obgleich sie lange das Monopol einer „Kaste“ schien. Nur wo Gebundenheit im bergenden Schoße einer sorgfältig und streng gehegten Tradition vorausgegangen ist, pflegt die Entbindung zur Freiheit der Bewegung schöpferischen Reichthum und kräftige Lebensdauer im Gefolge zu haben[5].

1) Die Praxis. Das Recht war das Element jeden Römers. „Der kleine Grundbesitzer, sparsam und erwerbslustig, bedurfte des juristischen Raths nicht allein, sondern die Consultation war für ihn eine Seelenstärkung. Daher wird man den Einfluß der Respondenten auf den Karakter der römischen Bauern, d. h. auf die Verfassung, nicht hoch genug anschlagen können. Der Bauer verheirathete keine Tochter, verkaufte kein *jugerum*, schloß kein Anlehn, ohne sich bei seiner juristischen Freundschaft in irgend einem senatorischen Hause Raths zu erholen“[6]. Man unterschied am Juristenberufe (*urbana militia*): A) das *cavere* d. h. das Abfassen von Geschäftsformeln und juristischen Instrumenten aller Art. Diese Cautelarjurisprudenz

---

1) Mommsen *Ephem. epigraph. II.* S. 105 ff. 221 ff. Giraud *Les bronzes d'Osuna* (*Paris*, 1874). Huschke die Multa S. 550 ff. Bruns Zeitschr. f. Rechtsgesch. XII. S. 82 ff.

2) Mommsen *l. c.* III. S. 87 ff. Giraud *Les nouveaux bronzes d'Osuna* (*Paris*, 1877). Bruns *l. c.* XIII. S. 383 ff.

3) identisch mit der s. g. *lex Mamilia* (s. Bruns *Fontes ed.* 3. *p.* 105) und mit der in *fr.* 3. *de termino moto* (47, 21) von *Callistratus* erwähnten „*lex agraria, quam G. Caesar tulit*“.

4) Hierüber s. Exner Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIII. S. 392 ff.

5) Vergl. hierüber und zu dem Folgenden Ihering Geist d. R. R. II. § 42. 47 b.

6) So schildert K. W. Nitzsch auf Grund von *Cic. de orat.* 3, 33; vergl. *Horat. Ep.* 1, 5, 31 und *Dion.* 2, 10. Dazu Mommsen Röm. Forschungen I. S. 373.

war besonders wichtig in einer Zeit, wo das größte Gewicht auf die technische und terminologische Correctheit des juristischen Handelns und Verhandelns gelegt und darin die Hauptgarantie praktischer Zuverlässigkeit und Berechenbarkeit gesehen ward; sie war die Rüstung des *jus strictum.* Aber unter der scheinbar starren Hülle schlug schöpferisches Leben, „ein neues Formular bedeutete für den Verkehr eine neue Bahn, die er einschlagen konnte," „die *leges contractus* mußten die (mangelnden oder mangelhaften) *leges de contractibus* ersetzen", und die Redaction war zugleich eine latente Construction. Beispielsweise werden uns aus älterer Zeit genannt a) die *Manilianae actiones* des M.' Manilius s. *Manilianae venalium vendendorum leges,* d. h. Kaufcontractsformulare, in denen vielleicht das System der *duplae stipulatio* und *evictio* seine Wurzeln hatte[1]; die oft daneben genannten *Hostilianae actiones* waren vielleicht nichts als oratorische Musterformeln[2]. b) die *cautio Muciana* des Oberpontifex Scaevola, wodurch einem Legatar ermöglicht ward, ein Legat, welches ihm unter einer lebenslänglichen *conditio non faciendi* hinterlassen war, doch alsbald vorläufig zu erwerben; c) die *stipulatio Aquiliana* des Aquilius Gallus, wodurch eine Mehrheit verschiedenartigster Rechnungsposten in eine Generalformel und Gesammtobligation so zusammengezogen werden konnte, daß alle Posten dann durch einen einmaligen Acceptilationsakt in Bausch und Bogen zu erledigen waren[3]; d) die *lex venditionis de rutis et caesis,* welche von Aquilius Gallus für überflüssig erklärt ward, weil gebrochene Kreide und gefällte Bäume von selbst aufgehört haben, Theil des Bodens zu seyn und um deßwillen vom Verkäufer nicht besonders reservirt zu werden brauchen[4]. — Auf solche Thätigkeit bezieht sich das *stipulationum et judiciorum formulas componere* bei *Cic. de leg. 1, 5,* und so mag auch die *poena reticentiae* bei Grundstücksverkäufen entstanden seyn, wovon *Cic. de off. 3, 16* sagt. — Von Cascellius wurde erzählt, daß ihm vergeblich von den Triumvirn angesonnen worden sei, deren Neuerungen in juristische Formeln zu bringen (*de aliqua earum rerum formulam componere*)[5], und Ihering macht mit Recht darauf aufmerksam, daß auf dem Wege dieses Cavirens gar manche Geschäftsclausel, z. B. das *pactum de distrahendo* beim Hypothekenvertrag, allmählich in ein s. g. *naturale negotii* übergegangen, und die *lex contractus* zu einem objektiven Rechtssatz geworden seyn möge.

B) Das *respondere,* worunter nicht bloß das Rathgeben im engern Sinne, d. h. Beantworten von Rechtsfragen der Rath suchenden Privaten (*consultores*), und zwar sowohl das mündliche, als auch das schriftliche Rathertheilen zu verstehen ist, sondern ebenso der Beirath für die Proceßmagistrate, die Gerichtsredner und die urtheilenden Richter (das s. g. *assidere*)[6]. Wir haben uns zu denken, daß namentlich auf dem Wege dieser gutachtlichen Beihülfe der *mos Civitatis* sich consolidirte und zu der Schwesterform des *jus honorarium* in Rapport trat, und mit Bezug hierauf sagt *Cic. de or. 1, 45: est sine dubio domus jurisconsulti totius oraculum civitatis;* und

1) Schon von Alters her pflegte man sich gegen Mängel der Waare durch Stipulationen zu sichern, besonders beim Viehhandel (*Varro de re rust.* 2, 2—9). Solche Formen verfasste u. A. Manilius (*Varro l. c.* 2, 3. 5 u. 7). Es waren trockene Schemata, daher Cicero (*de orat.* 1, 58) ausruft: *nec quisquam est adolescentium, qui non Teucrum Pacuvii malit, quam Manilianas venalium vendendorum leges ediscere.*

2) *Cic. de or.* 1, 57. Vergl. Rudorff I. § 64 (S. 159); § 95 a. E. Anders Sanio Z. Gesch. d. Röm. Rechtswiss. (1858) S. 32.

3) Vergl. dazu Sanio *l. c.* S. 51 ff. — 4) *fr.* 17. § 6. *de act. emti* (19, 1).

5) *Val. Max.* 6, 2, 12. — 6) *fr.* 1. *de off. assess.* (1, 22); *fr.* 37. *ex quib. caus. maj.* (4, 6).

*Top. 17: In omnibus iis judiciis, in quibus „ex fide bona“ est additum, ubi vero etiam „inter bonos bene agier“, inprimisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est „aequius melius“ parati esse debent (sc. jurisconsulti). Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi, quid socium socio, quid eum, qui negotia aliena curasset; quid eum, qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro, tradiderunt. Licebit igitur, diligenter cognitis argumentorum locis, non modo oratoribus et philosophis, sed juris etiam peritis copiose de consultationibus suis disputare.* a) So mag die *regula Catoniana* (Vater oder Sohn?) entstanden seyn, wonach ein wegen Unfähigkeit des Testators ungültiges Legat nicht convalesciren kann. b) So ist der Begriff des *furtum* festgestellt, z. B. auf Mobilien beschränkt[1] (aus des Gaius Bericht ist zu entnehmen, daß diese Frage unter den Veteres controvers gewesen), durch Brutus und Scaevola auf *furtum usus* ausgedehnt worden[2]. c) Durch des Brutus *sententia, partum ancillae ad fructuarium non pertinere*[3], ward eine *vetus quaestio* entschieden und so in der Sclavengeburt die Menschenwürde anerkannt. d) Durch die *auctoritas Aquilii Galli* ward geltend, daß Jemand zum Erben *excepta re singula,* und ein *postumus nepos,* welcher der Sohn eines vor dem Testator versterbenden Sohnes ist (s. g. *postumus Aquilianus*) zum Erben eingesetzt werden könne[4]. e) *Praesumtio Muciana,* daß ehemännliche Schenkung als Quelle jedweden zweifelhaften Erwerbs der Gattin während der Ehe gelte. f) Ausspruch des Trebatius zu Gunsten des *emtor domus,* wenn der Verkäufer sich einen Auszug vorbehalten hatte (*exceptio habitationis*)[5].

Das *scribere,* welches neben dem *cavere* und *respondere* genannt wird[6], ist zunächst nichts weiter als die schriftliche Ausübung dieser zwei Berufsthätigkeiten, die selbstverständlich überhaupt sehr oft ineinander flossen. Namentlich bei Testamentsabfassungen, einer wichtigen Lebensangelegenheit jedes ordentlichen Römers, war Rath und Beistand angesehener Juristen willkommen; *Cicero* (*de or. 2, 8*) sagt mit Bezug auf diese Praxis des Oberpontifex Scaevola: *Si, inquam, Scaevola, nullum erit testamentum recte factum, nisi quod tu scripseris, omnes ad Te cives cum tabulis veniemus, omnium testamenta tu scribes unus.*

Diese gesammte Thätigkeit, welche in der *fori disputatio* und *juris interpretatio* zusammengefaßt war, unterschied sich von der *causarum opera*[7], d. h. von der rednerischen Unterstützung der Proceßparteien seiten angesehener und erfahrner Redner (*Patroni*).

2) Die Theorie in schriftstellerischer Form entwickelte sich auf natürlichste Weise aus jenem *scribere.* Rudorff[8] erwähnt die Breite der Gutachten des Brutus[9] im Vergleich „mit der sauberen *species facti* der classischen Juristen“: wir erblicken in dieser naiven Breite den ersten Schritt der literarischen Entfaltung. Ein Gutachten war in dieser frühen Zeit etwas Größeres als später, oft eine sachliche Schöpfung von eminenter Tragweite, und neue Gesichtspunkte zur Geltung zu bringen, gab es noch keinen geeigneten literarischen Typus von entwickelter Selbständigkeit. Ein Beispiel davon, wie das (schriftliche) Respondiren in die Schriftstellerei überging, erhal-

1) *Gai. in fr.* 38. *de usurp.* (41, 3). — 2) Gell. 7, 15. Vergl. Sanio *l. c.* S. 40.
3) *fr.* 68. *de usufr.* (7, 1). Vergl. Sanio *l. c.* S. 33.
4) *fr.* 74. *de her. inst.* (28, 5); *fr.* 33. § 1. *de subst.* (28, 6).
5) *fr.* 21. § 6. *de act. emti* (19, 1). — 6) *Cic. de or.* 1, 48. — 7) *Cic. de leg.* 1, 4.
8) Röm. Rechtsgesch. I. § 62. Anm. 28. — 9) bei *Cic. de or.* 2, 33. 55.

ten wir aus Gellius' (7, 15) Erzählung, daß der Begriff des *furtum usus,* durch Responsen des Brutus begründet, dann in die Darstellung des *jus civile* des Scaevola (*lib. 16*) übergegangen sei. Ein anderes Beispiel ist wohl in der Definition zu erkennen, welche Tubero vom *peculium* gab, und woran sich dann die Theorie des Servius Sulpicius und Celsus angeschlossen zu haben scheint[1].

Die Entstehung der juristischen Literatur steht im engsten Zusammenhang mit der röm. Literaturgeschichte überhaupt. „Ein Wendepunkt trat ein mit der Unterwerfung Unteritaliens durch Rom. Die Römer, welche schon früher mannigfache Berührungspunkte mit den Hellenen Großgriechenlands und Siciliens gehabt hatten, wurden nun auch mit der hellenischen Literatur bekannt (270). Diese, damals abgeschlossen und von seltner Vollendung, machte auf die Römer, die eben zu einer feineren Cultur übergingen und aus der eignen Vergangenheit nichts auch nur entfernt Aehnliches entgegenzustellen hatten, einen mächtigen Eindruck. Indeß ein Gemeingut des röm. Volks konnte sie nicht werden, weil sie im nationalen Leben desselben keine Wurzel hatte: sie blieb längere Zeit hindurch ein Besitzthum der vornehmen Welt und wurde von ihr als Mittel zu feinerem Lebensgenuß und als nützliche Beigabe zu Zwecken des öffentlichen und Privatlebens betrachtet. Die Beschäftigung mit der griechischen Kunst und Wissenschaft ward damals sehr äußerlich und ohne Zusammenhang mit dem nationalen Leben betrieben. Einen neuen Impuls gab die berühmte Gesandtschaft der drei griechischen Philosophen und Redner Karneades, Diogenes und Kritolaos (155 v. Chr.), die durch ihre mit allem Flitter der griechischen Rhetorik ausgestatteten Vorträge großes Aufsehn machten. Mehr als früher suchte man jetzt mit Hülfe der fremden Literatur eine eigene lateinische Literatur zu gründen“[2].

Nach den Spuren, welche wir von den anfänglichen Schritten der Jurisprudenz der Römer haben, ist dieselbe aus der Casuistik erwachsen, und von daher ist ihr immer ein gewisses casuistisches Gepräge geblieben; aber es war freilich das edelste Metall, welches in dieser Form ausgemünzt ward. In schulgerechter Definition und systematischer Composition sind die röm. Juristen nie groß gewesen, auch nicht die der späteren (s. g. classischen) Zeit. Fast immer urtheilten sie vom einzelnen Falle aus und betrachteten diesen genau nur von derjenigen Seite, welche in Frage kam; ihre Entwickelungen tragen daher oft das Gepräge von Einseitigkeit. Allein indem sie von lebendigen Fällen ausgingen und diese Fälle in lebendiger Anschauung auffaßten, argumentirten sie mit einer Sicherheit des Blicks und schöpften sie aus solchen Tiefen des Rechtslebens, daß ihre Gutachten und Schriften — selbst in der uns erhaltenen zum Theil sehr fragmentarischen Beschränktheit — ein unerschöpflicher und für alle Zeit ergiebiger Urquell der Jurisprudenz sind.

Es ist noch ein Zweites, was die Jurisprudenz der *Veteres* karakterisirt und von ihnen auch auf die Späteren übergegangen ist: die traditionelle und geschlossene Bahn der Fortbewegung. Da ist kein subjektives Belieben und spekulatives Experimentiren, kein Spielen mit Einfällen und Paradoxien, sondern allenthalben Handreichung vom Vorgänger auf den Nachfolger[3]. Respekt vor der bewährten Autorität der Lehrer, vorsichtiges, immer die Vorgänger-

---

1) *fr. 5—7. 9. § 3. de pecul.* (15, 1).

2) Deuerling Cicero's Bedeutung f. d. röm. Literatur. (Augsb. 1865) S. 9.

3) *Quod per manus traditum est*, sagt in diesem Sinne Papinian (*fr. 10. de jure codicill.* 29, 7) von dem Satze *codicillis hereditatem dari non posse.*

schaft pietätvoll berücksichtigendes Weiterbauen ist allenthalben bemerkbar, und darum das schließliche Ergebniß, daß der ganze Aufbau der röm. Wissenschaft ein großartiges Gefüge von Quadern ohne Lücke und Riß ist.

## IV.

## Juristische Schulausdrücke.

Zu § 194] Solche Schulausdrücke mögen sich im Laufe dieser Periode festgestellt haben[1]. Zur Bezeichnung der verschiedenen Interessenten in den vorgetragenen Rechtsfällen waren die Namen *L. Titius, G. Sejus* und *P. Maevius* besonders beliebt[2]; daneben finden sich auch *L. Sempronius, G. Cornelius*[3] u. A.; oder ohne Pränomèn kurz *Titius, Sejus, Maevius, Calpurnius,* oder aber bloß die Vornamen *Gaius, Lucius*[4]. Nicht selten finden sich aber auch die abstrakten Zahlnamen: *Primus, Secundus, Tertius*[5].

Auch Grundstücke, welche als Streitobjekte vorgestellt wurden, pflegten mit einem Individualnamen belegt zu werden, z. B. *fundus Cornelianus, Titianus, Sejanus, Sempronianus, Julianus;* oder sie wurden nach ihrer Ortslage unterschieden: *fundus Gabinianus, Tusculanus, Campanus, Lutatianus*[6].

Zur Bezeichnung von Sklaven und Freigelassenen wurden griechische Namen vorgezogen: *Stichus, Dama, Eros, Pamphilus, Diphilus, Saccus, Cratinus, Cratistus, Onesiphorus, Dio, Heros, Galenus* u. A.[7] Doch kommt auch *Titius* als Name eines Freigelassenen vor[8].

Ebenso constant scheinen die processualen Schulausdrücke gewesen zu seyn; sie begegnen uns noch in den Institutionen des Gaius und in den Digesten Justinian's. Mit Aul. Agerius und Numerius Negidius wurden die Rollen des Klägers (*is, qui ait et agit?*) und Beklagten (*is qui numerare negat?*) bezeichnet[9]. Aus welcher Zeit diese künstliche Terminologie stammt, ist nicht zu sagen; alt mag sie seyn; in den Formeln der *lex Rubria* kommen *Q. Licinius* als Kläger und *L. Sejus* als Beklagter vor. *Numerius* war ein dem Fabischen Geschlechte eigenthümliches Pränomen, und ein Fabier (Servius Fabius Pictor, Cato's jüngerer Zeitgenosse) war Verfasser einer Schrift *de jure pontificio*[10]; ob von diesem oder in Erinnerung an ihn der „*Numerius*" in die Proceßschule gekommen ist?! *Negidius* ist gleichfalls ein reeller Name[11]. — Julian führt eine *Ageria* auf[12], Scaevola einen *Negidius* (*libertus*)[13], ohne an Proceßrollen zu denken.

Eine besondere Bewandtniß hat es mit der der altrömischen Ehe eigenen Formel: *Ubi tu Gaius, ibi ego Gaia; Gavius* bedeutet Stier- oder Heerdenbesitzer — wo du Hausherr bist, bin ich Hausfrau![14] Man hat auch behauptet,

---

1) Vergl. die Formel der *stipulatio Aquiliana* in *fr.* 18. § 1. *de accept.* (46, 4).
2) s. z. B. *fr.* 67. *de cond. ind.* (12, 6); *fr.* 88. *de legat. II.*
3) *fr.* 59. *de mand.* (17, 1). — 4) z. B. in *fr.* 27. *de legat. II.*
5) z. B. bei Paulus in *fr.* 82. § 1. *de leg. II.*, bei Ulpian in *fr.* 19. *de condit.* (35, 1); *fr.* 1. § 8. *de separ.* (42, 6); *fr.* 2. § 5. 8. *de B. P. s. t.* (37, 11); und schon bei Labeo in *fr.* 8. § 2. *de accept.* (46, 4).
6) z. B. in *fr.* 78. 91. 94. *de legat. III*; *fr.* 12. *de ann. legat.* (33, 1).
7) *fr.* 87. § 2. *de legat. II*; *fr.* 5. 16. *de alien. leg.* (34, 1); *fr.* 44. 54. 59. *de manumiss. test.* (40, 4); *fr.* 41. *de fideic. lib.* (40, 5); *fr.* 21. *pr. de statu lib.* (40, 7).
8) *fr.* 21. § 4. *de ann. legat.* (33, 1).
9) Z. B. bei Gai. 4, 47. 131. — Uebrigens kommen diese Blanketnamen auch in Geschäftsformularen vor, z. B. in der *stipulatio Aquiliana* bei Florentin in *fr.* 18. *de accept.* (46, 4). Vergl. auch Keller Röm. Civilpr. § 40. Anm. 460. und v. Bethmann-Hollw. Röm. Civilproc. II. S. 409.
10) s. Schwegler Röm. Gesch. I. S. 77. — 11) s. Mommsen R. Gesch. II. (*ed.* 4) S. 11.
12) *Jul. fr.* 18. § 2. *de m. c. don.* (39, 5). — 13) *Scaev. fr.* 33. *de usu leg.* (33, 2).
14) s. Rossbach Unters. üb. d. röm. Ehe (1853) S. 352—6.

Gaius und Gaia bedeuten in der Ehe Stier und Kuh, und man könnte dafür vielleicht den *„bos arator"*, Ulpian's Definition vom *jus naturale,* welches Thieren und Menschen gemeinsam sei, auch wohl die ägyptischen Menschengestalten mit Thierkopf anführen.

## XXIX. Kapitel.

### III. Die Rechtsfähigkeit.

(Zu § 198–202.)

### I.

### Die römischen Bürger.

Zu § 198 u. 200] Die allgemeine Nivellirungstendenz dieser Zeit zeigte sich namentlich in Ansehung der bürgerlichen Rechtsfähigkeit. Einmal fiel innerhalb der Bürgerschaft die bisherige Abstufung von Voll- und Halbbürgern fast ganz hinweg, indem theils manchen Passivbürgergemeinden, z. B. Capua, infolge des 2. pun. Krieges das Bürgerrecht ganz entzogen, theils den übrigen das volle Bürgerrecht gewährt ward; es gab seitdem nur noch „einzelne vom Stimmrecht aus besonderen Gründen ausgeschlossene Individuen" (Aerarier)[1]. Zweitens sanken die latinischen Bundesgenossen, welche mancher Vorrechte vor den übrigen italischen Verbündeten sich erfreut hatten, mehr und mehr auf deren Niveau herab: die Freizügigkeit ward ihnen beschränkt, und den neuen latinischen Colonien überhaupt nicht mehr bewilligt; die Steuer- und Kriegslast fiel ihnen jetzt ebenso zu, das Münzrecht ward ihnen ebenso entzogen oder verkümmert, wie den übrigen, und die Erlangung des Bürgerrechts für latinische Gemeinden und Einzelne immer mehr erschwert[2].

Anderseits fing man an, neu anzulegenden Städten nicht das latinische, sondern das volle Bürgerrecht zu ertheilen, „und die bisher fast regelmäßige Erweiterung der Latinerschaft durch neu hinzutretende Gemeinden hatte damit ein Ende. Aquileja, dessen Gründung 183 begann, ist die jüngste der italischen Colonien Rom's geblieben, welche mit latinischem Recht beliehen wurden; den ungefähr gleichzeitig ausgeführten Colonien Potentia, Pisaurum, Parma, Mutina, Luna (184 bis 177) ward schon das volle Bürgerrecht gegeben", da römische Bürger jetzt nicht mehr mit Ertheilung der gesunkenen Latinität zufrieden seyn konnten.

„Die röm. Bürgerschaft erfüllte in ziemlich geschlossener Masse Latium im weitesten Sinne, die Sabina und einen Theil Campaniens, so daß sie an der Westküste nördlich bis Caere, südlich bis Cumae reichte; innerhalb dieses Gebiets standen nur wenige Städte, wie Tibur, Praeneste, Signia, Norba, Ferentinum, außer derselben. Dazu kamen die Seecolonien an den italischen Küsten, welche durchgängig das röm. Vollbürgerrecht besaßen, die picenischen und transapenninischen Colonien der jüngsten Zeit, und eine sehr beträchtliche Anzahl römischer Bürger, die, ohne eigentlich gesonderte Gemeinwesen zu bilden, in Marktflecken und Dörfern (*fora et conciliabula*) durch ganz Italien zerstreut lebten." Diese Bürgerschaft schloß sich gegenüber der übrigen Bevölkerung Italiens fast hermetisch ab, und der gemeinsam auf diese geübte im-

1) Vergl. Mommsen R. Gesch. I. (*ed.* 4) S. 809. u. Lange Alterth. II. Kap. 106. (S. 202–4).
2) Vergl. Mommsen I. S. 670. 809–813. Lange *l. c.* II. S. 190–194. 205.

mer wachsende Druck schärfte den Gegensatz, an welchem nun auch die Latiner vollen Antheil hatten, steigerte die Unzufriedenheit und bereitete die Empörung vor. Eine solche war jedoch bei der Geschlossenheit der röm. Bürgerschaft und der Getheiltheit der Bundesbevölkerung schwierig. Aus den Censuszahlen der Jahre 115 und 70 läßt sich schließen „daß die Zahl der Bürger nicht sehr viel geringer war, als die der italischen Bundesgenossen, und auf ungefähr 400,000 waffenfähige Bürger mindestens 500,000, wahrscheinlich 600,000 Bundesgenossen, daß also für die Zeit des Bundesgenossenkriegs in Italien auf zwei Bürger drei Nichtbürger kamen“ [1].

Erst als durch die wiederholten revolutionären Erschütterungen und das zersetzende Parteigetriebe der Marianischen Zeit das röm. Staats- und Gesellschaftsgebäude ins Schwanken kam, konnte eine italische Empörung Aussicht auf Erfolg haben. Der 150jährige Damm, welcher von der röm. Bürgerschaft aufgerichtet worden, ward durch das *bellum sociale* gebrochen, und Rom mußte seinen Widerstand gegen die Ansprüche der Italiker auf politische Gleichberechtigung aufgeben: es ward nun der größte Theil der freien italischen Bevölkerung zum röm. Bürgerthum zugelassen (90—88 v. Chr.)[2].

Den hierdurch begründeten neuen Zustand ließ auch Sulla bestehen in seiner sonst mit aller Nachdrücklichkeit eines geschlossenen politischen Systems durchgeführten Restauration. „Jeder Bürger einer italischen Gemeinde war damit von selbst auch Bürger von Rom, die Unterschiede zwischen Bürgern und italischen Bundesgenossen, zwischen Altbürgern besseren und Neubürgern beschränkteren Rechts waren und blieben beseitigt“ [3].

## II.

## Die Sklaven.

Zu § 201] Die Sklaverei ist ein Hauptstück des Alterthums und ihre Geschichte unter röm. Herrschaft besonders interessant. Daß die classischen Völker die Besiegten nicht vernichteten, sondern retteten, indem sie sie unterjochten, bezeichnet einen Fortschritt der Humanität. Vermöge ihrer körperlichen und geistigen Kräfte wurden die Sklaven die Maschinen im antiken Verkehr, und durch den in ihnen vorzugsweise ausgeprägten Rassengegensatz die Folie der vollen Menschenwürde, zu welcher es der damalige Gebildete nicht rein durch sich, sondern nur im Gegensatz zu Niedrigeren brachte. Das Sklaventhum trägt in das Verkehrsbild des Alterthums jene interessanten Schattirungen hinein, welche dem Bilde erst sein rechtes Leben verleihen, aber es wird auch zum Abgrund des socialen Unheils, in welchem endlich das antike Volksthum sein Grab findet.

Eroberung und Kauf waren die beiden Erwerbstypen. Nach des Regulus erster Landung in Afrika (256) wurden nicht weniger als 20,000 Sklaven nach Rom geführt und da verkauft[4]. „Den Hauptsitz des Gewerbes, durch Gefangennehmung oder Raub freie Menschen gleichwie fremde Sklaven zu einer Marktwaare zu machen, bildeten die Gebiete der räuberischen Volksstämme, die als Grenznachbarn die röm. Provinzen umgaben, oder auch als zweifelhafte Unterthanen und Befreundete der röm. Herrschaft, innerhalb des Provinzialgebietes geduldet werden mußten, und durch ihre gefährlichen

1) Mommsen I. S. 818. II. S. 222—5. — 2) Vergl. Ders. II. S. 225—7; 242; 250; 313.
3) Ders. II. S. 348. — 4) Ders. R. Gesch. I. S. 523.

Raubzüge Land und Meer gefährdeten. Besonders waren es die Kretenser, die den Seeraub in größerer Ausdehnung übten und ihre Insel als Niederlageplatz benutzten für die von den benachbarten Piraten aufgebrachten Raubgüter. Die Insel leistete den Waffen Rom's 2 Jahre lang Widerstand, bevor sie sich an Q. Metellus Creticus ergab" (68). „Nicht minder hartnäckig trieben schon von Alters her einzelne Landschaften des benachbarten Continents von Asien den Seeraub, namentlich Cilicien und Isaurien. Bald bildeten diese Bezeichnungen Collectivnamen für sämmtliche Piraten des Mittelmeers[1]. Die Römer duldeten anfangs das Gewerbe dieser Piraten, durch welche ihre Sklavenmärkte reichlich versorgt wurden. Strabo[2] berichtet, daß nach der Zerstörung Korinth's und Karthago's große Reichthümer in Rom zusammengeflossen seien, und der steigende Luxus die Nachfrage nach Sklaven unendlich vermehrt habe. Zur Befriedigung dieses Bedürfnisses seien die Mittel vornehmlich durch die Lieferungen der Seeräuber den Sklavenmärkten gesichert worden. Erst als die röm. Waffen jenseits des Taurus sich ausgebreitet hatten, seien die Römer genöthigt gewesen, jenen Räuberverkehr in der unmittelbaren Nachbarschaft ihres Gebiets nicht länger zu dulden[3]. Gleichwohl setzten einzelne Volksstämme das Lieferungsgeschäft für die Sklavenmärkte der Römer fort, und man forschte nicht ängstlich nach den Mitteln, durch welche sie zu ihrer Waare gelangten. Dies galt namentlich von den Cappadociern[4]. In ähnlicher Weise, wie der Seeraub, war das Betreiben von Räubereien auf dem festen Lande in einigen Provinzen der Römer vorzugsweise verbreitet: Hispanien, Lusitanien, bei den Alpenvölkern an den Grenzen Galliens, den Thraciern, Skordiskern insbesondere, und den Illyriern. Die Sklaven von epirotischer Abstammung wurden von den Römern vorzugsweise geschätzt[5]. Noch Strabo und Plinius[6] bezeichnen unter den Inseln des ionischen Meerbusens, sowie auf dem benachbarten Küstengebiete, einige minder bedeutende Punkte als die Niederlagen eines ausgedehnten Betriebs des Piratengewerbes, und verschiedene Landschaften des asiatischen Continents waren unter den ersten Kaisern verrufen wegen der frechen Räubereien, welche deren Bewohner auf dem Lande sowie zur See vollführten"[7].

## XXX. Kapitel.

### IV. Das Privatgebiet.

(Zu § 203—209.)

### I.

### Die römische Mobiliar- und Geldwirthschaft.

Zu § 203] „Durch die Möglichkeit, Alles mit Geld zu kaufen, tritt der Consumtionswerth der Dinge gegen den Tauschwerth zurück, die Güter werden mehr und mehr nach Geld geschätzt, der Werth der Dinge überhaupt wird in der Vorstellung der Menschen immer mehr ein reiner Tauschwerth,

---

1) *Plutarch Sertor. c.* 9., *Caesar c.* 2. Dazu Drumann Röm. Gesch. IV. S. 393. 398.
2) *Geograph.* XIV. 4. § 2. — 3) Heeren histor. Werke, XI. S. 296.
4) *Spartian* in *Hadr. c.* 13.
5) Vergl. Drumann II. S. 68. 180. 445. 453. III. S. 225. 265. IV. S. 362.
6) *hist. nat.* 3, 26. Vergl. auch *Seneca Controvers.* 1, 2.
7) Ueb. das Ganze s. Dirksen die Quellen der römischrechtlichen Theorie von der Auslösung der in fremde Gefangenschaft gerathenen Personen; in d. Abhandl. der Berl. Akad. d. Wiss. Philosophisch-hist. Class. 1858. S. 96—99.

d. h. Geld, so daß sich der Tauschwerth mit dem Consumtionswerth, und da der Tauschwerth in Geld besteht, sich der Werthbegriff überhaupt fast mit dem Geldbegriff identificirt". Nirgends so wie in dieser Periode in Rom hat sich das bezeichnete wirthschaftliche Entwickelungsgesetz bewahrheitet.

Von Alters her, wie es scheint, seit der Servianischen Censusverfassung erschien den Römern das Geld als die wichtigste Form des flüssigen Vermögens; *aes alienum* bedeutete allgemein Schuldverbindlichkeiten, der Tribut ward in Geld entrichtet, auf Geld gingen in altr Zeit auch alle klagbaren Obligationen unter Privaten[1]. Im Volks- und Juristenmunde drückte dann *pecunia* schlechthin jedweden Vermögensbestand aus: *omnia corpora, omnes res, tam soli quam mobiles, et tam corpora quam jura*[2]. Die *lex Cornelia* über Bürgschaften verstand unter „*pecunia*" *omnes res*[3]; *rei ejusdem pecuniae* bedeutete soviel als *rei ejusdem debiti;* in Stipulationen über Erbschaften wurden diese mit dem Worte *pecunia* bezeichnet, wie Celsus[4] angibt; *pecunia populi* bedeutete den Staatsschatz, der *thesaurus* wurde als *depositio pecuniae* definirt. Cicero nannte die *hereditas* eine *pecunia*[5] und schloß sich damit an den Wortlaut der XII Tafeln an. Constantin[6] bemerkte: *in pecunia robur omne patrimoniorum Veteres posuerunt,* und Justinian[7] führte mit Rücksicht auf die *actio constitutae pecuniae* aus, daß „*Veteres pecuniae appellatione omnes res significari definiant, et hujusmodi vocabulum et in libris juris auctorum et in alia antiqua prudentia manifestissime inventum sit*" Wir ersehen hieraus, daß der Gedanke, welcher von Paulus[8] so ausgedrückt wird: „*pecuniae significatio ad ea refertur, quae in patrimonio sunt*", das römische Verkehrsleben beherrschte[9]. Das aber konnte in solchem Maße nur da der Fall seyn, wo seit alter Zeit der Vermögensbestand (zuerst in publicistischem Interesse) auf Geld reducirt ward, und allmählich das Verkehrsleben immer mehr in städtische Mobiliarwirthschaft überging. Das Geld ist die feinste Form der Mobiliarwerthe, und darum gipfelt die römische Mobiliartendenz in der Geldwirthschaft. Abgesehen von der unendlich feinen und unendlich expansiven Vermögensmacht des Credits, zu dessen voller Entwickelung es das classische Alterthum nicht brachte und überhaupt nicht bringen konnte (denn ihm ging die Werthschätzung der Arbeit und der operativen Zeugungskraft des freien Menschen ab), bietet der Geldbesitz die parateste und universellste Vermögensmacht. In demselben Maße, als der Verkehr alles Nationalgut flüssig macht und dem Markte zuführt, vermag man mittels Geldes das Meiste, macht man sich zum Herrn des Augenblicks und jeder Conjunctur, und hat man in den disponiblen Geldsummen potentiell alle Grundstücke und Sklaven, Pretiosen und Victualien, kurz alles was feil ist. So ist das Geld die unterwürfigste, servilste und dienstbarste Vermögensform und mithin dasjenige Gut, an welchem die Qualität des privaten Rechtsobjekts am reinsten und vollkommensten verwirklicht ist. Das aber mußte dem römischen Rechtssinn bei seiner entschiedenen Richtung auf Durchbildung der Grundzüge aller civilistischen Entwickelung ganz besonders willkommen seyn und commercielle Befriedigung gewähren. — In der dritten

---

1) *fr.* 103. *de V. S.* — 2) *fr.* 178 *pr*, *fr.* 222. *de V. S.* — 3) Gai. 3, 124.
4) *fr.* 97. *eod.* Vergl. dazu *fr.* 50. *ad Sct. Treb.* (36, 1).
5) *Top.* 5; *de invent.* 2, 21; *de leg.* 2, 19. 21. — 6) *c.* 22. *de adm. tut.* (5, 37).
7) *c.* 2. *de const. pec.* (4, 18). — 8) *fr.* 5. *pr. de V. S.*
9) Auch *Augustinus de doctr. christ.* 6. sagt: *Quidquid homines possident in terra, quorum domini sunt, pecunia vocatur, servus sit, vas, ager, arbor, pecus.*

Periode, mit der Silberprägung und Münzcentralisation, dürfte dieses wirthschaftlich-rechtliche Entwickelungsmoment vollendet worden seyn.

Im engsten Zusammenhang mit dieser geldwirthschaftlichen Tendenz stand die Sklavenwirthschaft, welche im Verlauf dieser Periode die größten Dimensionen annahm [1]. Die industrielle Arbeit war ohne nationales Ansehn und lag auf den Schultern der Sklaven, durch deren abhängige Stellung sie fast ganz in den Grenzen der Hausindustrie gehalten ward. Sklavenarbeit ist immer die billigste, und darum hält sie den freien Aufschwung und Wetteifer der wirthschaftlichen Kräfte nieder. Das zeigte sich an Rom und Italien jetzt. Indem die nationale Productivkraft brach blieb, in den Latifundien der Ackerbau zurückging und die städtische Industrie von den Largitionen überwuchert ward, machte Rom sich immer mehr von den Productivkräften der Provinzen abhängig; dem Import von Naturalwerthen gegenüber hatte es fast nur Metall und Geld aufzuweisen. „Es entstand ein Mangel an Consumtionswerthen und ein Ueberfluß an Tauschwerthen. Dies nöthigte zur Ausgleichung der Verhältnisse durch regen Handel, bei welchem auf Seiten der Fremden die Producte, auf Seiten der Römer das Geld waren. Das Hauptagens des römischen Verkehrs wurde so das Metallgeld, und es entstand die mit dem Namen der römischen Geldwirthschaft bezeichnete specifisch römische Wirthschaftsart“ [2].

Wie die röm. Volkswirthschaft sich im Großen und Ganzen nie über die Stufe der Geldwirthschaft hinaus zur Creditwirthschaft erhoben hat [3]: so ist auch der Verkehr nie über den gewöhnlichen Gewerbebetrieb hinaus zum eigentlichen Merkantilismus gelangt. Die corporative Neigung, so wichtig, ja unerläßlich für den Handel, fehlte den Römern zu sehr; ihre *societas* war für Privatleute, aber nicht für Kaufleute organisirt. Durch die Privatorganisation der Sklavenarbeit, vermöge deren die Producte während des ganzen Verlaufs des Productionsprocesses bis zur Consumtion höchst selten den Besitzer wechselten, war der Güterumlauf auf ein Minimum beschränkt [4]. Die röm. Nation war ihrer ganzen Anlage nach durchaus nicht kaufmännischer Art: zeigt doch das nationale *odium*, welches über den *argentarii*, wie über den *nautae* schwebte, ebenso auch die Sitte, durch Sklaven Geschäfte zu treiben und Urkunden unterzeichnen zu lassen [5], hinreichend die Abkehrung des röm. Sinnes von kaufmännischer Art. Es fehlte den Römern überhaupt die speculative Beweglichkeit, welche sie an den Griechen zu bewundern Gelegenheit hatten; nur ihre angeborene haushälterische Sparsamkeit, ihr praktischer Organisationstrieb und ihr Sinn für solide Lebensordnungen schienen sie für gewisse Arten des Geschäftsbetriebs oder der Geschäftsleitung zu befähigen, und dazu standen ihnen freilich die nöthigen Geldmittel in unvergleichlichem Maße zu Gebote. Aber auch hier sehen wir die merkantile Engigkeit ihrer Triebe: die großen Kapitalien liebten es immer, sich den wirthschaftlich gar nicht oder sehr wenig productiven Unternehmungen, als: Steuerpachtungen, Wechsler- und Darlehnsgeschäften, zuzuwenden.

Was nun aber von handelsrechtlichen Elementen im röm. Recht doch angetroffen wird, verdankt vornehmlich dieser Periode seine Entstehung. Die Expensilation und ihre besondere Ausbildung für die *argentarii*, die *actio*

---

1) s. den vorhergeh. Excurs.
2) v. Scheel in d. Jahrbb. für Nat.-Oek. u. Stat. I. (1866) S. 380.
3) s. Endemann die nat.-ökonomischen Grundsätze d. canonistischen Lehre (Jena, 1863) S. 78.
4) s. Rodbertus i. d. Jahrbb. f. Nat.-Oek. u. Stat. Bd. IV. S. 343.
5) *fr. 5. § 4. de auct. tut.* (26, 8).

*recepticia,* die *societates argentariorum* und *venaliciorum,* die *partes societatum publicanorum,* das *receptum nautarum* mit dem Keim der Assecuranzidee, die *actio institoria* und *tributoria,* die *pecunia trajecticia* zeigen uns Ansätze einer merkantilen Rechtsbildung[1], und ihre Entwickelung und Blüte gehören den letzten Jahrhunderten der Republik an. Mommsen[2] sagt: „Der Ausgangspunkt der röm. Geldwirthschaft war natürlich das Leihgeschäft, und kein Zweig der commerciellen Industrie ist von den Römern eifriger gepflegt worden, als das Geschäft des gewerbmäßigen Geldverleihers (*fenerator*) und des Geldhändlers oder des Banquiers (*argentarius*). Das Kennzeichen einer entwickelten Geldwirthschaft, der Uebergang der größeren Kasseführung von den einzelnen Capitalisten auf den vermittelnden Banquier, der für seine Kunden Zahlung empfängt und leistet, Gelder belegt und aufnimmt und im In- und Ausland ihre Geldgeschäfte vermittelt, ist schon in der catonischen Zeit vollständig entwickelt. Aber die Banquiers machten nicht bloß die Kassirer der Reichen in Rom, sondern drangen schon überall in die kleinen Geschäfte ein und ließen immer häufiger in den Provinzen und Clientelstaaten sich nieder. Schon fing im ganzen Umfange des Reichs es an, so zu sagen, Monopol der Römer zu werden, den Geldsuchenden vorzuschießen." Cicero entwirft uns von der *Gallia Narbonensis* kaum 50 Jahre nach ihrer Einrichtung als röm. Provinz folgendes Bild: *Referta Gallia negotiatorum est, plena civium Romanorum. Nemo Gallorum sine cive Romano quidquam negotii gerit; nummus in Gallia nullus sine civium Romanorum tabulis commovetur*[3].

Die Römer ließen trotz der staatsrechtlichen Nivellirung Italiens die „*consuetudines locorum*", soviel als möglich, unangetastet[4]; allein, indem sie die ganze (freie) Bevölkerung Italiens zur Civität zuließen, gaben sie dem röm. Privatrecht für den Massenverkehr einen solchen Nachdruck, daß derselbe sich bis an die Grenzen des *Orbis Romanus* nach allen Seiten hin mit Uebermacht geltend machen mußte. Das röm. Privatrecht ward innerhalb dieser Grenzen zum Verkehrsrecht im eminenten Sinne. In dem knappen und correcten Styl des *jus strictum* mit der übersichtlichen und sicher berechenbaren Tragweite seiner Rechtsgeschäfte, in der einfachen und doch biegsamen Solennität der *stipulatio* und in dem ganzen alten System abstracter, d. h. den speciellen Geschäftsgrund und das Valutaverhältniß verhüllender Obligationen, zu welchen unser modernes Handelsrecht zurückgekehrt ist[5], ferner in dem wichtigen Satze, daß der Gewaltuntergebene durch seine rechtsgeschäftliche Thätigkeit das Erwerbs- und Operationsinstrument seines Gewalthabers seyn könne, waren so bedeutende Vorzüge vor dem Peregrinenrecht gegeben, daß das röm. Recht für den gewerblichen Unternehmungsgeist wohl geeignet schien, und für jene Zeit neben dem Peregrinenrecht etwa das leisten mochte, was bei uns heutzutage das besondere Handelsrecht neben dem gemeinen Civilrecht leistet[6]. Zwischen dem altröm. Recht und diesem modernen Handelsrecht besteht überhaupt betreffs der juristischen Technik eine tiefer begründete Verwandtschaft, als gewöhnlich angenommen wird.

Jener Vortheile theilhaft zu werden, mag eben so sehr, wie die publicistische Gleichstellung und der criminelle Schutz der Person[7], ein Beweg-

1) Vergl. Huschke Ueb. d. Census d. Kaiserzeit (1847) S. 186. 187.
2) R. Gesch. I. S. 855. — 3) *Cic. pro Fontejo* 5. — 4) Vergl. den dritten Excurs zu dies. Kap.
5) s. Allg. deutsch. Handelsges.-B. Art. 301. — 6) Vergl. Voigt d. *jus naturale,* II. S. 847.
7) Freiheit von Todes- und Prügelstrafe: *Civis Romanus sum! Cic. Verr.* 5, 62. Vergl. *Cic. in Catil.* 4, 4.

grund für die Anstrebung der röm. Civität, sowie eine hauptsächliche Ursache der künstlichen Ausbreitung der Latinität über die Provinzen gewesen seyn. In der Mehrzahl waren es schwerlich Nationalrömer, welche die Speculation belebten und fortspannen, sondern Punier, Rhodiser, Alexandriner, spanische, gallische, byzantinische Hellenisten, Freigelassene aller Nationalitäten und deren Nachkommen, welche die kaufmännische Routine schon als Familienerbtheil überkamen. Mommsen[1] denkt sich „die kaufmännische Emigration" in den orientalischen Provinzen wohl zu sehr als eine nationalrömische[2]. Wir dürfen auch annehmen, daß besonders von dieser das röm. Verkehrsrecht übenden hellenistischen Reichsbevölkerung die Annäherung der hellenistischen Rechtsgebräuche an das röm. Recht gefördert wurde, welche sich im Laufe der dritten Periode vollzog. Die röm. Staatspächter hatten in den Provinzen vorzugsweise mit solchen Hellenisten zu thun, dort erfüllten sie sich mit freieren (liberalen und laxen!) Anschauungen, und seitdem aus dem Ritterstande die Gerichte besetzt wurden, fanden sie Gelegenheit, diesen Anschauungen Eingang in Rom zu verschaffen. Die (für längere Zeit durchgesetzte) Verdrängung der Senatoren durch die Ritter mag entscheidend gewesen seyn für die Anerkennung des direct in das Civilrecht einströmenden *jus gentium* und für die Sanctionirung des modernen *mos Civitatis*.

Es liegt in dem Uebergang zur Mobiliarwirthschaft ein eigenthümlicher Fortschritt über den Naturgrund aller traditionellen Lebens- und Rechtsordnungen hinaus, eine Cultivirung des Rechts, welche zugleich eine Mobilisirung der entwicklungsfähigen Elemente der bis dahin noch schwerfälligen Gesammtmasse des Rechtsbestandes ist. Eine solche Mobilisirung pflegt sich auf dem Schauplatze großstädtischen Verkehrslebens zu vollziehen, und darum nimmt in dieser Metamorphose das Recht mehr oder weniger die Signatur der *urbanitas*, immer mehr städtischen Typus an. Nach dem Grundsatze, daß der Karakter der *praedia*, wie der *mancipia* „*non loco, sed qualitate et genere*" bestimmt werde[3], ward der Stadtkarakter auch auf das platte Land übertragen; nicht bloß, was innerhalb der Stadtmauern lag, sondern Alles mit der Stadt in baulicher Continuität Zusammenhängende ward später zur Stadt gerechnet[4]. Unter denselben Gesichtspunkt kann die sonst merkwürdige und nur dadurch recht erklärliche Anschauung gestellt werden, wonach nicht das Gebäude als ein Theil des Grundstücks, sondern umgekehrt der Grund und Boden, welcher überbaut wird, als Theil des ihn gleichsam individualisirenden Gebäudes galt[5]. Im Zusammenhange dieser Entwickelung erklärt sich ferner, daß, während das System der Rusticalservituten keine namhafte Weiterbildung erfuhr und im Vergleich mit der Fülle des germanischen Rechtslebens eng begrenzt blieb, nun die Urbanservituten in reicher Entwickelung hervortraten, um allerhand nachbarschaftlichen Feinheiten Geltung zu verschaffen; auch erkennen wir nun, warum die *usucapio servitutum* (durch die *lex Scribonia*) und die *usucapio hereditatum* (durch *desuetudo*) aufgehoben wurden, denn jene Usucapion war für Urbanservituten nicht so dringend indicirt, und diese Usucapion hatte jetzt, wo Vermögensmassen nicht mehr vorzugsweise aus (Land-) Grundstücken, sondern mehr und mehr aus Mobiliarwerthen bestanden, eine gesunde Basis zu haben aufgehört.

---

1) R. Gesch. II. S. 403. 416. — 2) Vergl. dazu Marquardt Alterth. III. 1. S. 289.
3) *fr.* 166. 198. *de V. S.*; *c.* 6. *de praed.* (5, 1). — 4) *fr.* 87. 139. 147. 154, *de V. S.*
5) *fr.* 49. *de rei vind.* (6, 1); *fr.* 20. § 2. *de serv. pr. urb.* (8, 2).

## II.

### Die Consensualcontracte.

Zu § 206] Ueber das Alter der Consensualcontracte gehen neuerdings die Ansichten sehr auseinander. Manche verlegen den Ursprung ihrer Klagbarkeit in alte Zeit, bez. selbst in die Zeit vor den XII Tafeln, und nehmen an, daß zu ihrem Rechtsschutz die *legis actio per judicis arbitrive postulationem* bestimmt gewesen sei. Als Hauptvertreter dieser Ansicht ist Keller[1] zu nennen. Karlowa[2] nimmt gleichfalls an, daß schon in alter Zeit ein Rechtsschutz bei Consensualcontracten anerkannt worden, aber nicht in Gestalt einer *legis actio* gegeben, sondern als bloßes *jurgium* durch eine freie Jurisdictionshandlung des Magistrats, bez. durch einen von diesem ohne Instruction ernannten Arbiter verwirklicht worden sei. Es kann hier dahin gestellt bleiben, ob es in alter Zeit eine solche Behandlung von privatrechtlichen Differenzen als *jurgia*, d. h. in formlosem Verfahren, gegeben habe: gewiß ist, daß keine Zeugnisse für einen eigentlich civilprocessualen Schutz freier, auf *bona fides* angelegter Contracte aus alter Zeit vorhanden sind. Die in den XII Tafeln vorkommenden Fälle eines freien *arbitrium* betreffen Grenzverwirrungen, nachbarliche Wasserlaufsdifferenzen, Erbtheilungsverhältnisse, die Abschätzung des Besitzinteresses in Grundstücksprocessen (*arbitrium litis et vindiciarum*), den Strafsatz wegen Richterbestechung und die Unterbrechung des Processes durch Krankheit des Richters oder einer Partei. In diesen Fällen sollten ein oder mehrere (drei) *arbitri* bestellt werden. Offenbar war es eine beschränkte Anzahl von Fällen, die in den XII Tafeln besonders genannt und ebendadurch von der Regel des strengen, ein *certum* voraussetzenden, auf einfache Alternative (*pronuntiare pro aut contra*) beschränkten Urtheils ausgenommen wurden. Mit dem System des *strictum jus* ist es unverträglich, ein anerkanntes System der *bona fides* daneben anzunehmen. Das *arbitrium boni viri*, die typische Figur des *bonus vir* selbst weist auf eine spätere Zeit, wo der Rechtssinn gelenkig genug geworden, hinter dem *id, quod dictum est*, die *bona fides* und das *id quod actum est*, hervorzuholen und den entsprechenden subjektiven Elementen Einfluß auf das rechtliche Urtheil einzuräumen. Man kann sich dafür noch berufen auf die Bestimmung der *lex Aquilia* (287 v. Chr.?), welche einen Regreß gegen den treulosen *adstipulator* einführte, auch auf die in *factum actio adversus mensorem*, denn beide Klagen wären im Fall anerkannter *actio mandati* kein Bedürfniß gewesen, und vielleicht auf den Fall des Publicanen M. Postumius Pyrgensis (i. J. 212 v. Chr.), gegen welchen wegen Vertragsbruchs nicht mit der *actio emti* oder *conducti* vorgegangen wurde[3].

In Würdigung dieser Umstände hat die Ansicht von einer erst späteren Anerkennung der Consensualcontracte neuerdings immer mehr Vertreter gefunden[4]. Man verlegt ihre Genesis in die letzten Jahrhunderte der Republik und hält ihre Ausbildung für eine neben dem *jus honorarium* hergehende

---

1) Röm. Civilproc. § 7. 17. Vergl. auch Rudorff R. Rechtsgesch. II. § 49. Anm. 19.
2) d. Röm. Civilprocess z. Zeit der Legisact. (1872) S. 140.
3) Vergl. Mommsen Hermes 1866. S. 178. (Anm. 2), zu Liv. 25, 3.
4) Ihering Geist d. R. R. II. § 46. Voigt d. *jus naturale* § 68. 77. 82. Dernburg Compensation S. 62 ff. Stintzing Verhältn. d. *legis actio sacr.* zur *sponsio praejud.* S. 12. Mommsen Jahrb. d. gem. deut. R. II. S. 324.

Erscheinung[1]. Die *actio fiduciae* und die *actio rei uxoriae* mit ihren auf freies Ermessen ganz besonders angelegten Formeln mögen den Anfang des neuen Systems darstellen[2], auch sie gehen schwerlich über das 4. Jahrhundert v. Chr. zurück. Dann aber mögen Kauf und Pacht zuerst das *arbitrium boni viri* herausgefordert haben, und man hat versucht, diesen Schritt des Rechtssinns aus Plautus († 184) und Cato († 149) nachzuweisen.

Zuerst hat Bekker[3] auf Plautus[4] als Erkenntnißquelle für die Geschichte der Consensualcontracte, vorzugsweise der *emtio venditio*, hingewiesen und ausgeführt, daß in den Comödien jenes verkehrschildernden Dichters eine Kaufklage auf Grund bloßen Consenses noch nicht vorkomme oder wenigstens nicht nachweisbar sei. In ausführlicher Auseinandersetzung Plautinischer Stellen hat dann Demelius den Consensualcontracten nachgespürt und ist zu dem Ergebniß gelangt, „daß die vier Consensualcontracte zu Plautus' Zeit nicht nur als ganz gebräuchliche, scharf von einander abgegrenzte Geschäfte des täglichen Lebens bestanden, sondern auch in Beziehung auf Verkehrsfunction und Art des Abschlusses, ferner in Bezug auf die zur Bezeichnung ihrer einzelnen Momente und Modificationen gebräuchliche Rechtssprache sich in keiner Weise anders gestalteten, als wir dies in späterer Zeit finden“[5]. Er findet Andeutungen des *pactum displicentiae* und der *in diem addictio* und meint, der Kaufabschluß sei immer als einfache Uebereinkunft gedacht, und wo wir Stipulationen und künstliche Formulare angewandt sähen, da seien es Cautionen, welche zur größeren Sicherheit des Käufers beliebt worden, namentlich das Evictionsversprechen.

Unterstützt wird diese Annahme durch die von Cato (*de re rustica c. 44—50*) mitgetheilten Contractsformulare oder s. g. *leges venditionis, locationis*, weil diese sich nicht als Stipulationsformulare ausweisen, und nur für einige wichtige Clauseln ausdrücklich eine Bestärkung durch *promissio* oder *satisdatio* empfehlen. Dies wird von Karlowa[6] gegenüber Bekker hervorgehoben und dabei geltend gemacht, daß nach einer Erzählung des Celsus[7] auch S. Aelius Paetus[8] ein *arbitrium ex vendito*, also auf Grund bloßen Consenses, zugelassen habe.

Es ist hiernach zum Mindesten sehr zweifelhaft, daß erst der Pontifex Maximus Q. Mucius Scaevola die Anerkennung der Consensualcontracte durchgesetzt haben sollte. Cicero[9] erzählt Folgendes: *Q. Scaevola, Pontifex Maximus, summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona: fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas continetur: in his magni esse judicis statuere (praesertim cum in plerisque essent judicia contraria), quid quemque cuique praestare oporteret.* Man hat hieraus entnehmen wollen,

1) Eine besondere Frage ist die der Ausbildung der Realcontracte, die von Manchen (Hugo Rechtsgesch. *ed.* 11. S. 280; Muther Sequestration S. 41) für älter, von Anderen (Voigt *l. c.* I. S. 540. 849; Demelius Zeitschr. f. Rechtsgesch. II. S. 221 ff.) für jünger als die Consensualcontracte gehalten werden.

2) Vergl. Karlowa *l. c.* S. 143.

3) Zuerst in der Heidelb. krit. Zeitschr. I. (1853) S. 443 ff., zuletzt in Actionen d. röm. Privatr. I. S. 148.

4) Die juristische Würdigung dieses von griechischer Theaterpraxis ausgehenden Dramatikers hat ihre Schwierigkeit; auch wir lassen uns französische Wendungen und Anschauungen auf der Bühne in den Copien französischer Stücke gefallen. Sollten nicht in den Plautinischen Comödien oft weniger römische, als peregrinische Ideen und Sitten spielen? Wenn das der Fall, so würde aus Plautus nicht ohne Weiteres auf die damalige Klagbarkeit der Consensualcontracte geschlossen werden dürfen.

5) Demelius a. a. O. S. 198. — 6) Röm. Civilpr. z. Zeit d. *legis act.* S. 132—137.

7) *fr.* 38. § 1. *de act. emti* (19, 1). — 8) Aedil 1. J. 200, Consul 198.

9) *de off.* 3, 17.

daß vor dieser Zeit jene Rechtsverhältnisse ohne Rechtsschutz gewesen seien[1], aber ohne zwingenden Grund; vielmehr scheint in Uebereinstimmung mit dem, was sonst über die systematisirende Thätigkeit des Mucius Scaevola bekannt ist, nur angenommen werden zu können, daß dieser Jurist die verschiedenen auf *bona fides* gegründeten Rechtsverhältnisse in Zusammenhang gebracht und durch sein Ansehn vielleicht die Entwickelung ihres Rechtsschutzes zum Abschluß gebracht habe. Gesetze werden dafür nicht angeführt, vielmehr spricht Cicero[2] von *sine lege judicia, in quibus additur ex fide bona;* wir haben es also hier mit einer gewohnheitsrechtlichen Bildung zu thun, und daß diese nicht mit einem Schlage vollendet war, ist wahrscheinlich genug. Eher läßt sich die erstere Stelle aus Cicero für die Vermuthung anführen, daß zur Zeit des Q. Mucius die drei freien Realcontracte (mit *actio contraria*) noch nicht zu fester Anerkennung gelangt waren, denn in jener Stelle wird da, wo man das *commodatum, depositum* und *pignus* erwarten sollte, die *fiducia* genannt, welche in alter Zeit den nämlichen Verkehrszwecken diente und gleichfalls unter den Gesichtspunkt der *bona fides* gestellt war.

## III.

## Fortbestand der Particularrechte im Reich.

Zu § 209] Mit der Ausbreitung des röm. Bürgerrechts und der fortschreitenden Beeinflussung aller Verkehrsverhältnisse durch die röm. Ansiedler in den Provinzen nahm wohl die Nivellirungstendenz zu, indeß läßt sich durch Rückschlüsse aus späterer Zeit constatiren, daß noch lange particularrechtliche Strömungen zugelassen und die *consuetudines locorum, regionum, civitatum, provinciarum* gewahrt blieben. Die „*leges moresque peregrinorum*“ wurden in Bezug auf Ehe und Bürgschaft anerkannt, wie wir bei Gai. 1, 92 und 3, 120 angeführt finden; Peregrinen testirten „*secundum leges civitatis suae*“, wie Ulp. 20, 14 sagt, und Letzterer setzt von den Proconsuln allgemein voraus, daß sie die „*consuetudo civitatis vel provinciae*“ berücksichtigten[3]. Die durch Diokles für Syrakus (i. J. 415 v. Chr.) besorgte Codification des Rechts, welche sich in Sicilien zu fast allgemeiner Geltung erhoben hatte, ward von den Römern durch die *lex Rupilia* und noch später dauernd anerkannt; aus einem unter Galba erlassenen Statthalteredict erkennen wir, daß das besondere eheliche Güterrecht der Aegyptischen Provinzialen (προίξ: Mitgift, die nicht Eigenthum des Mannes ward) aufrecht erhalten wurde[4]. In Rescripten der *divi Fratres*[5] wurde hinsichtlich des Maßes und Preises beim Waarenhandel, sowie der Requisition entfernter Zeugen, von Gaius[6] hinsichtlich der *cautio pro evictione*, von Paulus[7] hinsichtlich der gerichtlichen Vertretung der Corporationen, von Gaius[8] und Ulpian[9] hinsichtlich des Zinsfußes, von Letzterem ferner[10] hinsichtlich öffentlicher Benutzung von Steinbrüchen auf Privatgrundstücken und[11] hinsichtlich der Auslegung von

---

1) Vergl. Bekker Actionen I. S. 163. — 2) *de off.* 3, 15.
3) *fr.* 34. *de leg.* (1, 3).
4) Vergl. Haenel *Corpus legum p.* 279. Voigt d. *jus naturale* d. Römer II. S. 374–413. 697. Bechmann Röm. Dotalrecht I. S. 111–113.
5) *fr.* 71. *de contr. emt.* (18, 1) und *fr.* 3. § 6. *de test.* (22, 5).
6) *fr.* 6. *de evict.* (21, 1). — 7) *fr.* 6. *quod universit.* (3, 4).
8) *fr.* 3. *de eo, quod certo loco* (13, 4).
9) *fr.* 7. § 10. *de admin. tutor.* (26, 7) und *fr.* 39. § 1. *de leg. I.*
10) *fr.* 13. § 1. *comm. praed.* (8, 4). — 11) *fr.* 50. § 3. *de leg. I.* und *fr.* 34. *de R. J.*

letzten Willen und Verträgen, von Modestin[1] hinsichtlich der Frage, ob die *domini* oder *conductores praediorum* die *onera annonarum et contributionum temporalium* zu tragen hätten, auf den *mos regionis* oder *provinciae* verwiesen, und selbst die Peregrinenterminologie ward von den röm. Juristen berücksichtigt, wie wir aus den hellenistischen *syngraphae* bei Gai. 3, 134 und dem (den griechischen Paraphernen verglichenen) Gallischen *peculium* bei Ulpian[2] bemerken[3].

## XXXI. Kapitel.

### V. Rechtspflege: 1) Sponsionen- und Interdictenproceß.

(Zu § 210—222.)

### I.

### Die *sponsio praejudicialis* und *actio in rem.*

Zu § 211] Abweichend von der im Cursus dargestellten Ansicht Stintzing's, wonach die Präjudicialsponsion eine sehr weite Anwendung fand und mit dieser Wichtigkeit bereits zur Zeit des Legisactionenprocesses vorkam, hat v. Keller[4] ausgeführt, daß jene Sponsion gerade ganz besonders dem Fomularproceß angehöre und hier dem Zwecke dinglicher Klagansprüche gedient habe, denn es sei das *in rem agere per sponsionem* an die Stelle des alten Sacramentsprocesses getreten, um den Vindicationsanspruch auf künstliche Weise mit dem Formularproceß zu vereinigen, bis endlich in einer eigenen *formula in rem* eine Proceßform erfunden worden sei, durch welche die Erörterung und Entscheidung geradezu auf das dingliche Recht gerichtet wurde[5]. Diese Ansicht ist von Römer[6] und Müller[7] adoptirt worden. Die Kellerschen Gründe werden von Stintzing[8] widerlegt; directe Zeugnisse der Quellen sind für jene Ansicht nicht vorhanden, und die innere Verwandtschaft zwischen der *leg. actio sacramento* (*in rem*) und der nachherigen *intentio petitoria* in der Formula ist so eng, daß ein unmittelbarer Uebergang von jener in diese schon an sich wahrscheinlich ist; der materielle Gehalt der alten *judicatio in ipsam rem* erhielt sich dann in der Gestalt des *arbitrium de restituendo*[9].

### II.

### Ursprung und Zweck der Interdicte.

Zu § 213 u. 215] Die Stelle, welche die Interdicte im System des materiellen Rechts wie des Proceßrechts einnehmen — denn ihre Bedeutung liegt auf der Grenze beider — ist durch neuere Forschungen an vielen Punkten aufgeklärt worden. Entscheidend war zuerst eine Abhandlung von Huschke[10]. Von diesem ist zuerst der innere Zusammenhang des Verfahrens, soweit er

---

1) *fr.* 32 § 6. *de adm. tut.* (26, 7). — 2) *fr.* 9. § 3. *de jure dot.* (23, 3).
3) Vergl. Gneist d. form. Verträge S. 413 ff. 485 ff. Voigt *l. c.* S. 417. v. Bethm.-Hollweg Röm. Civilproc. II. S. 35. 36. 135.
4) Civilproc. § 25. 27. nach Zimmern R. R. Gesch. III. S. 193.
5) s. Stintzing Verhältn. d. *leg. actio sacram.* z. d. Verfahren durch *sponsio praejud.* S. 42. 58.
6) D. Erlöschen des kläger. Rechts nach der Einleit. d. Proc. (1852) S. 21.
7) Lehrb. d. Instit. § 28. S. 44 u. § 29. S 45. — 8) *l. c.* S. 48—60.
9) Stintzing S. 61. 66. Dazu Huschke, Gaius S. 189.
10) *De causa Silaniana* (*Silii causa in Cic. ep. ad Trebat. Testam*) 1824; wieder abgedruckt in desselben Studien d. R. R. (1830) S. 1—24.

durch das Verständniß der *sponsiones* bedingt ist, dargelegt worden; das von Puchta[1] entworfene Bild des Interdictenprocesses beruht darauf. Eine (nicht ganz vollständige) Uebersicht der einzelnen Interdicte nach der Eintheilung in prohibitorische, restitutorische und exhibitorische gibt Zimmern[2]. Eine neue Beleuchtung des ganzen Gebiets hat Adolf Schmidt[3] gegeben, und er hat viel zur Berichtigung bisheriger Ansichten beigetragen, z. B. über die *interdicta rei persecutionem continentia* und die Delictsnatur der Interdicte[4].

Daß die Interdicte ihrem Ursprunge nach wenigstens theilweise schon der Zeit des Legisactionenprocesses angehören, ist zuerst durch Huschke[5], Leist[6] und v. Keller[7] dargethan und dann von Schmidt[8], Rudorff[9] und Witte jun.[10] angenommen worden; auch von Bethmann-Hollweg hat in Abweichung von seinem älteren Handbuch des röm. Processes (1834) jetzt[11] sich dieser Ansicht zugewendet. Dagegen hält derselbe an seiner über den Zweck der Interdicte ehedem aufgestellten Ansicht fest, gegenüber der Ansicht von Puchta[12] und Schmidt[13], wonach die Interdicte dem Prätor nur zur Einführung neuer Klagrechte gedient haben sollen; v. Bethmann-Hollweg betont mehr die durch den Befehl bewirkte regelmäßige Beschleunigung der Sache und stimmt darin am nächsten mit Rudorff[14] überein.

Es handelte sich in der That bei der Aufstellung von Interdicten um eine Ausfüllung von Lücken des materiellen Rechts, aber zugleich kam es dabei auf ein die Erledigung beschleunigendes und unter einem besonderen Druck stehendes Rechtsmittel an. Schmidt begnügt sich mit dem ersteren Punkte und muß es demgemäß für eine Zufälligkeit erklären, ob dann der Prätor zu einem Interdict oder zu einer *in factum actio* griff. Wir bedürfen der Hinzunahme des zweiten Punktes, um jenen Dualismus von Rechtsmitteln zu erklären und begreiflich zu machen, warum nicht nach völliger Ausbildung des Systems der *in factum actiones* der Prätor überhaupt und allgemein den Interdicten solche ordentliche *actiones* substituirte, und warum in manchen Fällen neben der zugelassenen *in factum actio* ein concurrirendes Interdict beibehalten wurde. Im Zusammenhange hiermit läßt sich auch mit einigen Zügen der Karakter der ganzen Interdictengruppe angeben, während Schmidt auf jedes Kriterium sachlicher Unterscheidung der Interdicte und *in factum actiones* verzichten muß. Im Interdictenwege schritt der Prätor (auch späterhin) vorzugsweise da ein, wo es sich um Wahrung der äußeren Ordnung, Aufrechthaltung und Herstellung des gemeinen Friedens und Ungestörtheit der augenblicklich bestehenden Form des Zusammenlebens handelte. Demgemäß waren die meisten Interdicte nur possessorischer, nicht petitorischer Tendenz, und ihr Erfolg vornehmlich ein provisorischer, während, wo es sich um definitive Geltendmachung materieller Rechte, des Eigenthums, eines Forderungsrechts u. s. w. handelte, meist *in factum actiones* aufgestellt und die anfänglichen Interdicte durch eigentliche Klagen ersetzt wurden, so das *int. Salvianum* durch die *actio Serviana,* das *int. quorum bonorum* durch

---

1) Instit. II. § 169.

2) Röm. Rechtsgesch. III. § 73. Vergl. auch Unterholzner Lehre v. d. Schuldverhältnissen II. § 359—372. 380—426, auf dessen Ausführungen hauptsächlich die Heimbachsche alphabetische Darstellung in Weiske's Rechtslexikon V. S. 526 ff. gegründet ist.

3) Das Interdictenverfahren d. Römer (1853).

4) Schmidt S. 81 ff. S. 189 ff. Vergl. dazu Leist d. *Bon. Poss.* I. S. 354. 366 ff.

5) Studien S. 3 ff. — 6) *l. c.* S. 325 ff. — 7) Röm. Civilproc. § 22.

8) *l. c.* S. 303 ff. — 9) R. R. Gesch. II. § 53. — 10) d. *interd. uti possidetis* (1863) S. 8.

11) im Röm. Civilproc. (1864) I. S. 202. — 12) Instit. II. § 169.

13) *l. c.* S. 302. 318 ff. — 14) Röm. Rechtsgesch. II. § 53.

die *hereditatis petitio possessoria,* das *int. fraudatorium* durch die *actio Pauliana,* das *int. de superficie* durch die *utilis in rem actio*[1].

Es ist anzunehmen, daß das System der Interdicte sich vornehmlich in der 2. Hälfte der dritten Periode, also namentlich seit der Revolution der Gracchen und infolge der Partei- und Bürgerkämpfe, wodurch der Besitzstand vielfach in Verwirrung kam und Gewalt und Willkür wucherten, ausbildete. Es war dieselbe Zeit, in welcher mit den *quaestiones perpetuae* eine neue Gerichtsordnung im Criminalgebiet entstand. Eine große Rolle mußte für Grundstücksverhältnisse das *int. quod vi aut clam* spielen, und aus manchen Stellen[2] ersehen wir, daß von Scaevola bis auf Labeo fast alle bedeutenderen Juristen sich lebhaft mit ihm beschäftigten.

## III.

## Der Criminalproceß; Reform desselben.

Zu § 214] A. Die Centuriat- und die Tributcomitien waren die regelmäßigen Instanzen für die criminelle Jurisdiction geworden; daneben aber häuften sich nun die Niedersetzungen außerordentlicher Untersuchungscommissionen[3], und allmählich begann die Thätigkeit der Comitien zu verkümmern[4]. Infolge einer *lex Porcia* (198 v. Chr. 556 d. St.), wodurch nicht bloß die durch Prügel verschärfte Todesstrafe, sondern überhaupt die Prügelstrafe (außerhalb des militärischen Imperium) abgeschafft und mithin die Provocation für viele Fälle überflüssig wurde[5], kam es nur selten noch zu Criminalversammlungen der Centuriatcomitien, hauptsächlich nur dann, wenn die alten (*leges Valeriae*) und die ergänzenden Provocationsgesetze (*leges Porciae*) von Magistraten verletzt wurden. Zwar ward durch eine *lex Sempronia* (des G. Gracchus 123 v. Chr. 631 d. St.), *ne de capite civium Romanorum injussu populi judicaretur,* vorgeschrieben, daß vom Senat ferner nicht außerordentliche Commissionen mit Capitalgewalt ohne Bewilligung der Comitien niedergesetzt werden sollten[6], allein die der Volksgerichtsbarkeit zugrunde liegenden Anschauungen wandelten sich gänzlich um; der Verfall der Centuriengerichtsbarkeit, namentlich infolge der Bürgerkriege und Sullanischen Maßregeln, zeigte sich, als in Cicero's Consulat gegen Rabirius zwei *duumviri perduellionis injussu populi* vom Prätor ernannt wurden, und Clodius gegen Cicero, statt einen Perduellionsproceß vor den Centurien wegen Verletzung der *lex Porcia* und *lex Sempronia* anzubringen, durch eine gegen Cicero gerichtete *lex Clodia* (68 v. Chr. 696 d. St.) diesen ins Exil trieb[7].

Vor den Tributcomitien waren es jetzt, seitdem die Hauptquelle der von den Tribunen betriebenen politischen Processe fast versiegt war, vorzugsweise die Aedilen, welche die criminelle Initiative übten, indeß begnügten auch sie sich oft mit ihrem beschränkten *jus multae dictionis,* manche Verbrechen, wie Diebstahl, Injurie und bez. *stuprum,* verblieben dem Civilproceßwege, und bei weit verzweigten Verbrechen, wie Giftmischerei, erwiesen sich

---

1) Vergl. v. Bethmann-Hollweg II. § 98. Anm. 19.
2) *fr.* 1. 4. 5. 7. § 4; *fr.* 13. § 4. 5; *fr.* 15. § 1. 2; *fr.* 22. § 3. *quod vi* (43, 24).
3) Vergl. oben S. 179. — 4) Geib Gesch. d. Röm. Crim.-Proc. S. 216.
5) *Liv.* 10, 9; *Cic. de rep.* 2, 31; *Fest. pro scapulis p.* 234.
6) *Cic. pr. Cluent.* 55; *Catil.* 1, 11; *Verr.* 5, 63; *Gell.* 10, 3.
7) Lange Alterth. II. § 126. (S. 479—485. 591). Zumpt Crim.-R. d. Röm. Republik I. 2. S. 386 ff. 417 ff. Ders. d. Criminalprocess d. Römer (1871).

die außerordentlichen Commissionen als praktischer[1]. Zwar lebte der Hang zu politischen Processen und Anklagen durch Volkstribunen mit der Ausbildung der Demagogie wieder auf, sie waren namentlich gegen ungerechte Amtsführungen gerichtet und galten als ein dem Wahlrecht verwandtes Symptom der Volkssouveränetät (Polyb. 6, 14); der rüstige Parteikämpe M. Porcius Cato sen. ward in zahlreiche politische Processe verwickelt, als Ankläger bei den Tribunen, als Vertheidiger und als Angeklagter: 44 Mal angeklagt ward er immer freigesprochen[2]. Als aber ständige Untersuchungscommissionen eingerichtet und namentlich, als dieselben durch Sulla erweitert und reorganisirt wurden, nahm die Criminalgerichtsbarkeit der Tributcomitien vollends den Karakter der Ausnahme an; die Volkssouveränetät begnügte sich fortan mit dem Antheil, welchen das Volk bei der Niedersetzung der Commissionen hatte. Ueberhaupt hat das röm. Volk nie jene maßlose Competenz erstrebt, welche das Athenische Heliastengericht, und zwar sogar für Civilsachen, in Theorie und Praxis besessen und leidenschaftlich geübt hatte[3].

Von einer judiciellen Competenz des **Senats** kann auch in dieser Periode noch nicht die Rede seyn, doch zeigen uns dessen Mitwirkung bei Niedersetzung von Untersuchungscommissionen, die durch Volksschlüsse erlangten Vollmachten zur Aburtheilung abtrünniger Gemeinden und Bürger[4], sowie die öftere Verhängung von Tadel über die oberen Verwaltungsbehörden der Provinzen Ansätze zur senatorischen Jurisdiction, deren Ausbildung in der Kaiserzeit wirklich erfolgte[5].

Daß bei der Niedersetzung **außerordentlicher Untersuchungscommissionen** (außer gegen Nichtbürger) ein Volksschluß vorhergehen mußte, stand seit Beginn dieser Periode fest. Bekannt ist die von Cato befürwortete *rogatio Petillia de pecunia regis Antiochi,* durch welche (187 v. Chr. 567 d. St.) eine *quaestio extraordinaria* wegen *peculatus* über L. Scipio Asiaticus angeordnet wurde[6]; obige *lex Sempronia* sanctionirte ausdrücklich das Anordnungs-Recht der Comitien. Auch nach der Einführung ständiger Untersuchungsbehörden wiederholten sich oft noch Niedersetzungen außerordentlicher Commissionen: aus der letzten Zeit sind die *lex Pompeja de vi* (52 v. Chr. 702 d. St.), durch welche über die Ermordung des Clodius eine solche Commission angeordnet wurde[7], und die *lex Pedia de interfectoribus Caesaris* (43 v. Chr. 711 d. St.), welche von Octavianus veranlaßt wurde[8], von geschichtlicher Berühmtheit[9].

B. Zuerst wegen Erpressungen der Oberbeamten in den Provinzen (*pecuniarum repetundarum crimen*) wurde ein stehender Gerichtshof (***quaestio perpetua***) durch eine *lex Calpurnia* des L. Piso Frugi (149 v. Chr. 605 d. St.) niedergesetzt. Für wichtigere und besonders häufige Arten von Verbrechen wurde dann in ähnlicher Weise verfahren, und oft mit einer *lex* über solche Vergehen gleich die Anordnung einer ständigen Untersuchungsbehörde dafür verbunden. Das geschah für Mord (*quaestio inter sicarios, de parricidio?*), Giftmischerei, Fälschung, Peculat, Majestätsverbrechen, Adulterium, Ge-

1) Liv. 8, 18; 10, 31; 38, 35; 43, 16. Val. Max. 6, 1, 7. 8.
2) Liv. 39, 40. Plin. H. Nat. 7, 27. Plut. Catil. 15.
3) Lange II. § 127 a. E. — 4) z. B. Liv. 26, 33. 34.
5) Geib S. 217. Walter Gesch. d. Röm. R. II. § 830. Zumpt I. 2. S. 374.
6) Gell. 7, 19. — 7) *Cic. pr. Mil.* 5, 6; *Brut.* 94; *Gell.* 10, 20.
8) *Appian B. Civ.* 3, 95; *Suet. Nero* 3.
9) Lange II. § 133 sub 4c. Zumpt I. 2. S. 316. Geib S. 219—225. Ueber den eigentlichen Unterschied von *extraordinaria* und *ordinaria Quaestio* s. Rudorff R. R.-Gesch. II. § 102. Anm. 3.

walt[1] u. s. w. Sulla nahm dann eine allgemeine Reform und Ergänzung des Systems dieser *quaestiones perpetuae* vor[2], doch blieb die Form des Ganzen immer nur ein Aggregat vieler einzelner Proceßordnungen, unter denen einige, wie die über Repetunden, Majestätsverbrechen und Adulterium, immer ihre ganz besonderen Eigenthümlichkeiten behielten[3].

Jedem solchen Gerichtshofe präsidirte einer der Prätoren[4], daher deren Vermehrung (durch Sulla und Cäsar) nothwendig wurde; sie hießen in dieser Beziehung *Quaesitores*. Neben ihnen kamen auch *Judices quaestionum* als Commissionsvorsitzende (ohne Imperium) vor[5]. — Die Geschwornen (*Judices selecti;* Anzahl derselben? 50? 100?) wurden für die einzelnen Quaestionen durchs Loos und unter Berücksichtigung des dem Ankläger wie dem Angeklagten zustehenden Verwerfungsrechtes bestimmt (aus den Senatoren, bez. Rittern und Aerartribunen[6]). Die Theilung des Richteramtes zwischen Prätor und Geschwornen war gleich derjenigen im Civilproceß[7].

Die Anklage war Sache der Bürger überhaupt, und nur ausnahmsweise wurde auf Anordnung des Volks oder Senats von der Accusationsmaxime abgewichen und inquisitorisch d. h. von Amtswegen verfahren. Ankläger wie Angeklagter mußten persönlich erscheinen[8]. Der Ankläger hatte sich durch *juramentum calumniae* vom Verdacht böswilliger Anklage (Chicane) zu reinigen, und durfte die erhobene Anklage nicht ohne Einwilligung des Gegners wieder fallen lassen; Calumniatoren wurden bestraft[9]. Der Angeklagte ward regelmäßig in Untersuchungshaft (*custodia rei*) genommen, als *contumax* (ohne rechtmäßiges Exil ausgebliebener) aber verurtheilt und bez. sein Vermögen eingezogen[10].

Das Verfahren war öffentlich und in der Hauptsache mündlich. Nach geschehener Anmeldung der Anklage beim Gerichtsvorstand (*delationis postulatio*), wobei Andere sich als *subscriptores* anschließen konnten, erfolgte am angesetzten Gerichtstermine die *nominis delatio* gegenüber dem Angeklagten; dieselbe wurde schriftlich abgefaßt, auch in das Gerichtsregister eingetragen (*nomen rei recipere*), und der 10. oder 30. Tag zur öffentlichen Verhandlung angesetzt[11]. An diesem Tage fand die solenne *accusatio* und *defensio* mit Fragen und Gegenfragen (*altercatio*) Statt, wenn nicht *comperendinatio* (zweite *actio* in einem weiteren Termine) bewilligt wurde; Patrone hielten Reden, und Gönner (*laudatores*, gewöhnlich ihrer 10!) legten Fürsprache ein[12]. Das Befragen der (vereideten) Zeugen war Sache des Producenten, concurrirend mit dem Recht des Gegners zu beliebigem Kreuzverhör[13]; die Zeugenaussagen wurden niedergeschrieben. Geständniß des Angeklagten war keine Bedingung der Verurtheilung, Tortur gegen Freie unstatthaft. Die Abstimmung der Geschwornen geschah ohne Debatte, geheim und durch Täfelchen; Stimmengleichheit galt als Freisprechung; im Fall eines *Non*

---

1) *Cic. pr. Cluent.* 20. 53. 54; *pr. Mur.* 20; *Verr.* 1, 13; *in Milon.* 35.
2) *fr.* 2. § 32. *de O. J.* (1, 2). — 3) Geib S. 169—174.
4) *Auct. ad Herenn.* 4, 35. — 5) Geib S. 186 ff. 307.
6) Geib S. 178 ff. 306 ff. Walter II. § 884—6. Rudorff R. R.-Gesch. II. § 102. 103. Mommsen Röm. Gesch. II. S. 114.
7) Rudorff II. § 102. — 8) *Paul. sent. rec.* 5, 16, 11.
9) *Cic. ad fam.* 8, 8; *pr. Rosc. Am.* 19. 20; *fr.* 7. § 1. *de accus.* (48, 2).
10) *Cic. Verr.* 2, 17. 38. 40. *Liv.* 25, 4. *Plut. Brut.* 27. *Fr.* 1—4. *de cust. reor.* (48, 3). Vergl. Geib S. 254 ff. 290 ff. Walter II. § 854 ff. Rudorff II. § 127. 131. 134. 138—141. Zumpt Crim.-R. I. 2. S. 143 ff. 210 ff.
11) *Cic. ad fam.* 8, 6. 8; *de divin.* 19. 20; *Verr.* 2, 41—43; *in Vatin.* 14.
12) *Cic. Verr.* 2, 1, 9; 5, 22; *Dio Cass.* 40, 52. 55.
13) *Quinct.* V, 7, 9—22. 26—31.

*Liquet* ward nochmalige Verhandlung angesetzt (*ampliatio*)[1]. Appellation fand nicht Statt, da die *Quaestionen* im Namen des Volks urtheilten[2].

## XXXII. Kapitel.

### 2) Der Formularproceß.

(Zu § 223–276.)

### I.

### Der Ursprung der Proceßformeln und die *lex Aebutia*.

Zu § 224] Wir besitzen über Zeit und Art der Entstehung der *Formulae* keine directen Quellenzeugnisse. Gaius (4, 30) erzählt: *Istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt; namque ex nimia subtilitate Veterum, qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet, itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigaremus.* Unter diesen *leges Juliae* konnte Gaius wohl nur die beiden *leges judiciorum privatorum et publicorum* des Augustus (?) meinen; Gellius (16, 10) gedenkt nur der *lex Aebutia,* woraus zu entnehmen ist, daß sie das Hauptgesetz war, durch welches dem Formularproceß Bahn gemacht wurde. Aus Gaius und Gellius scheint übrigens hervorzugehen, daß durch die *lex Aebutia* diese neue Proceßart nicht eigentlich eingeführt, sondern nur die alte Proceßart in den Hintergrund gedrängt worden sei. Eigentliche und directe Abschaffung durch ein Gesetz lag zwar nicht in der Gewohnheit der Römer, sie überließen Veraltetes am liebsten dem Naturproceß stillen Absterbens und begnügten sich mit Eröffnung der neuen vollkommneren Bahn; hier aber scheint die Abschaffung oder wenigstens Einschränkung direct durch gesetzliche Vorschrift geschehen zu seyn, was durch besondere praktische Gründe wohl gerechtfertigt seyn konnte. Schon vor der *lex Aebutia* mochte die Entwickelung des Formularprocesses begonnen haben, rein auf dem Wege der Praxis; in jener Stelle des Gaius ist es nicht nothwendig, das „*effectumque est*" mit auf die vorhergenannten Gesetze zurückzubeziehen, und die darauf folgenden Worte drücken auch nicht gerade die erste Einführung der Formeln aus, sondern können bedeuten, daß dieselben nun zur vollen Geltung und ausgebildeten Herrschaft gelangt sind, was möglicherweise eine indirecte Folge der *lex Aebutia* war[3].

Heffter[4] vermuthet, daß die *lex Aebutia* nicht vor 149 v. Chr. (605 d. St.) gegeben sei, wo die *lex Calpurnia repetundarum* noch ein *sacramento agere* gegen den Uebertreter festsetzte, indeß ist von dem criminalistischen Gebiete aus kein Schluß zu machen. Burchardi[5] nimmt wegen der *exceptio doli,* welche schon vor 184 v. Chr. (570 d. St.) vorkomme, und Puchta[6] wegen der *lex Cincia* und *Plaetoria,* welche Exceptionen gewährten (?), an, daß schon zu dieser Zeit durch Formeln processirt werden konnte, und daher die *lex Aebutia* in die Zeit von 254—204 v. Chr. (500—550 d. St.) fallen

---

1) *Cic. Verr. II,* 1, 9; *Brut.* 22. *Liv.* 43, 2. *Cic. pr. Cluent.* 27. 28. 58.
2) Vergl. Eisenlohr die *Provocatio ad populum* (1858) S. 30. Geib S. 252—4. 261. 266—289. 302. 317—392. Walter II. § 849—852. 859. Rudorff II. § 128. 132. 135. Zumpt II. 2. S. 168—192.
3) Vergl. v. Bethmann-Hollweg II. § 55. Anm. 3. 16. Rudorff I. § 44. Anm. 1.
4) *Comm. ad Gai. IV* (1827) *p.* 23. — 5) Wiedereins. in den vor. Stand S. 300 ff.
6) Cursus I. § 80 a. E.

müsse[1]. Leist[2], Rudorff[3] und v. Bethmann-Hollweg[4] betonen, daß noch um 204 v. Chr. (550 d. St.) die *legis actiones* bei Aelius als ein Haupttheil des Rechts hervortreten, und Letzterer fügt speciell hinzu, daß die *lex Aebutia* frühestens in die zweite Hälfte des 6. Jahrh. der Stadt (204—154 v. Chr.) fallen könne, wo nach überstandenem Kampf auf Leben und Tod in einer Zeit innerer und äußerer Ruhe Manches den erweiterten Verhältnissen gemäß zu ordnen war. v. Keller[5] gibt nur überhaupt das 6. Jahrh. d. St. an, und Voigt[6], in Uebereinstimmung mit Puchta[7] von der Annahme ausgehend, daß der Proceß des *jus gentium* durchaus auf dem Formularverfahren beruhte, nimmt an, daß die *lex Aebutia* in die Zeit der ersten Reception des *jus gentium* fallen müsse.

Die Voraussetzungen für eine endgültige Beantwortung dieser Zeit-Frage fehlen noch. Während Rudorff[8] bemerkt, daß in der letzten Zeit der Republik der Legisactionen selten Erwähnung geschehe, sucht Bekker[9] zu zeigen, daß zu Cicero's Zeit der Legisactionenproceß noch auf weitem Felde zur Anwendung kam, und daß Cicero, welcher die *lex Aebutia* nicht namentlich nennt und nicht einmal auf die Existenz eines solchen Gesetzes Bezug nimmt, Formeln und Actionen nicht als Elemente zweier wesentlich verschiedenen Proceßformen betrachtete, vielmehr nur Einen ordentlichen Civilproceß vor Augen hatte, ein *lege agere*, bei welchem zugleich die prätorischen Formeln schon in Gebrauch waren; die *lex Aebutia* sei danach entweder ein älteres Gesetz von geringerer Bedeutung, oder etwa ein integrirender Theil der Julischen Proceßgesetzgebung, welche die Reformen des Rechtsganges zum Abschluß brachte; beide Annahmen aber, freilich nicht in genauer Uebereinstimmung mit Gaius, drängten dahin, der von den Rechtsgelehrten geleiteten fast unmerklich sich ändernden Praxis größeren Einfluß auf die Umgestaltung des Processes zuzuschreiben, so daß die Gesetze eben nur schließlich die Wandelung, die im allgemeinen Rechtsbewußtseyn vollzogen war, anerkannt hätten. — Diese historische Vermittlungsansicht verdient weitere Erwägung; doch ist aus manchen Stellen bei Cicero zu schließen, daß zu seiner Zeit das System der Proceßformeln ziemlich entwickelt war; er sagt[10]: „*Fraudabat te in societate Roscius? Sunt jura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere injuriae aut ratione actionis errare possit. Expressae sunt enim ex uniuscujusque damno ... publicae a Praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur. Formulam non noras? Notissima erat.*“ Unterstützt wird diese Annahme durch die bekannten Stellen[11], wo Cicero die Gruppe der *bonae fidei judicia* fast vollständig aufführt, denn die Ausbildung dieser Gruppe setzt eine bereits fortgeschrittene Ausbildung des Formelwesens voraus.

Was die Entwickelung der *Formulae* anlangt, so wird diese von Manchen mehr als ein äußerer Receptionsproceß, von Anderen mehr als ein innerer Umbildungsproceß gedacht. Es wird nämlich von jenen darauf hingewiesen, daß schon frühzeitig Rom in Bündnissen mit anderen Völkern besondere internationale Schieds- oder Gastgerichte (*recuperatores*) zur Reclamirung von Werthsachen vereinbarte[12]. Solche Schiedsgerichte bestan-

1) Vergl. dazu Ihering Geist d. R. R. III. § 52. — 2) Gesch. d. Röm. Rechtssysteme S. 17.
3) Röm. Rechtsgesch. I. § 44 a. E. — 4) R. Civilpr. II. § 55. Anm. 2.
5) R. Civilpr. § 23. — 6) *Jus naturale* d. Röm. II. § 88. — 7) Cursus § 85 a. E.
8) *l. c.* II. § 27. — 9) Zeitschr. f. Rechtsgesch. V. S. 341 ff.
10) *Cic. pr. Rosc. Com.* 8. — 11) *Cic. de off.* 3, 17 und *de nat. deor.* 3, 30.
12) s. C. Sell d. Recuperatio d. Römer (1837). Voigt d. *jus naturale* d. Römer II. S. 177—228. Rudorff II. § 8. v. Bethmann-Hollweg I. S. 67. II. S. 15. 68. 457.

den in Rom zwar lediglich aus Römern, allein diese konnten nicht das *jus proprium Romanorum* ihren Entscheidungen zu Grunde legen, da es den Peregrinen nicht zugänglich war, und die Prätoren, welche dann nach diesem Muster Gerichte für unterthänige Peregrinen anordneten, konnten dabei nicht im Wege der Legisactionen verfahren, welche gleichfalls den Peregrinen unzugänglich waren. Es blieb ihnen folglich hier nichts Anderes übrig, als in freier Weise den oder die Richter zu instruiren, nach welchen Grundsätzen zu entscheiden sei, und dies geschah durch eine schriftliche Anweisung (*dica* oder *formula*). Von dem Peregrinenprätor und bez. den Provinzial-Statthaltern übernahmen dann die Stadtprätoren diese Form freier Proceßinstruction. So hat Huschke[1] den Ursprung der Formeln gedacht, und Puchta[2] ist ihm gefolgt, indem er jedoch beiläufig[3] die zweite Ansicht andeutet, und von der *leg. act. per condictionem* sagt, daß sie eine Art von Uebergangsbildung zu dem neuen Verfahren gewesen sei.

Genauer ist dieses dann von Keller[4] ausgeführt worden, welcher speciell von der *l. a. ex lege Calpurnia* (*condictio triticaria*) annimmt, daß sie einfach in das Formularverfahren übergegangen sei, wofern sie schon ohne Sponsion das Judicium begründet hatte. Von anderer Seite her und gleichfalls im Anschluß an Huschke[5] hat Voigt[6] besonders auf die enge Verwandtschaft der *clarigatio* und *recuperatio* (wobei Völker und bez. Privaten Partei waren) mit der *l. a. per condictionem* aufmerksam gemacht und hier Spuren des Uebergangs in den Formularproceß erkannt. Damit war zunächst für alle *certae obligationes ex contractu* gesorgt, nach deren Vorbild leicht auch die Delictsklagen behandelt werden konnten; vielleicht spielten dabei die Proceßfictionen (*ficticiae actiones*, d. h. *ad legis actionem expressae*) eine Rolle. Der Executivproceß mit *manus injectio* war so gut wie abgeschafft, die *leg. act. per arbitri postulationem* fügte sich ohne Schwierigkeit dem Formelwesen (*arbitria, actiones bonae fidei*)[7], und neben dem *bonae fidei judicium* konnte die *formula petitoria* leicht aus dem Sacramentsproceß abgelöst und zur Anerkennung gebracht werden, ohne daß es nöthig und zur Erklärung dienlich ist, hier mit v. Keller[8] den Sponsionsproceß als Durchgangsphase zu setzen[9].

Unter diesen Gesichtspunkten liegt die von Puchta[10] ausgesprochene Vermuthung nahe, daß durch die *lex Aebutia* zunächst die *l. a. per condictionem* (und vielleicht die *per arbitri postulationem*) abgeschafft worden sei. Bestimmter drückt sich Rudorff[11] aus: „Seit Gn. Flavius (304 v. Chr. 450 d. St.) wurden die civilrechtlichen *Formae Actionum* im Edicte proponirt, und dies durch die neuen *Genera Actionum*, welche im *Jus Aelianum* (um 204 v. Chr. 550 d. St.) zusammengestellt waren, und noch in den *Tripertita* den dritten Rechtstheil und die Schule des Processes bildeten, allmählich vermehrt; die *lex Aebutia* beseitigte das Anstößigste und Entbehrlichste, namentlich die Privatexecution, die *Condictio* mit 30tägiger Bedenkzeit, die formelle *Judicis Arbitrive Postulatio* entweder direct oder indirect durch Fictionen".

---

1) *Analecta literaria* (1826) p. 216 und in Richter's krit. Jahrbb. Bd. I. (1837) S. 861 ff.
2) Cursus 1. § 83. II. § 163. — 3) Cursus II. § 163. — 4) Civilpr. § 25.
5) krit. Jahrbb. I. S. 892. — 6) d. *jus naturale* d. Röm. II. S. 183 ff.
7) Vergl. auch v. Bethmann-Hollweg II. § 84. Anm. 2.
8) s. oben S. 243. — 9) Vergl. v. Bethmann-Hollweg II. S. 233. 304.
10) Cursus II. § 163. — 11) R. Rechtsgesch. II. § 27.

## II.

## Die Bedeutung der *Condemnatio* (*pecuniaria*) in der Formula.

Zu § 239] A. Das Wesen des Civilprocesses ist aus der Natur des Civilunrechts abzuleiten. Dieses besteht in der Nichtanerkennung eines dem Anderen zukommenden Rechts, welches vom Gegner bestritten wird. Oft verbirgt sich freilich hinter der civilprocessualen Maske des Beklagten dessen absichtliche Weigerung und bewußtes Unrecht, allein so lange der civilprocessuale Standpunkt rein gehalten wird, versagt der Beklagte nur, was er sich nicht gehalten glaubt anzuerkennen. Hiernach ist die primäre Tendenz des Klägers die, die Anerkennung seines vermeintlichen Rechts durchzusetzen, und der Civilproceß ist seinem innersten Wesen nach ein Gegeneinander (*controversia*) zweier entgegengesetzten Rechtsüberzeugungen oder ein Zusammenprall gegnerischer Rechtsbehauptungen, einer offensiven und einer defensiven.

Solcher Widerstreit gestaltet sich zum Wettkampf, sobald die streitenden Personen gleichsam ihre ganze Persönlichkeit in ihre Behauptung hineinlegen: was ganz im Sinne energischer Individuen und Nationen ist. Dieser Wettkampf wird im Zeitalter der Kindheit immer eine sacrale Färbung tragen und wird zugleich zu einem Ehrenpunkt ausgebildet werden: jenes der göttliche, dieses der menschliche Gesichtspunkt. Der Ehrenpunkt bleibt dann, wenn das Rechtsleben sich profanisirt, die Seele des Civilprocesses. Noch heute, in unserer materialistischen Zeit, kann man aus dem Munde nüchterner Geschäftsleute oft den Ausspruch hören: es komme ihnen bei dem Processe weniger auf einen sachlichen Erfolg, als vielmehr auf den Triumph des Rechts, d. h. der eignen Rechtsüberzeugung an. Immer ist es für den kräftigen Gerechtigkeitssinn eine Genugthuung, die Anerkennung, ja gerade und zunächst nur die Anerkennung eines Rechts, welches man sich mit Ueberzeugung zuschreibt, zu erzwingen, und bekannt ist, wie im zähen und naiven Geiste des Bauern ein Proceß ein Ehrenpunkt und eine Sache des Rechtbehaltens ist.

Die praktische Tendenz des Civilprocesses bleibt allerdings hierbei nicht stehen, sie geht zugleich auf einen sachlichen Erfolg aus, und damit gestaltet sich die Klage oder Wettbehauptung (*judicium, lis*) zum Anspruch (*actio, persecutio*): Kläger erwartet nicht bloß Anerkennung, sondern auch ein demgemäßes Handeln des Beklagten, welches in einer positiven oder negativen Leistung (*dare, facere, praestare*) bestehen kann. Diese Erwartung ist ein nur secundäres Element im Proceß, nicht bloß, weil es von dem vorhergenannten (Anerkennung) abhängt, sondern auch, weil es in gewissen Fällen (bei den reinen Statusklagen) überhaupt nicht auftritt, nicht selten durch die gerichtliche Staatsmacht gar nicht erreicht werden kann (Insolvenz, Entweichung des Beklagten) und überdies zuweilen vom Kläger selbst gar nicht, oder nicht in erster Linie, angestrebt und erwartet wird. Allein im Laufe der Zeiten macht es sich mehr und mehr geltend, und so läßt sich dann der Grundsatz für den Civilproceß aufstellen: er werde von einer doppelten Tendenz seines Urhebers (Klägers) im Verhältniß zum Gegner (Beklagten) bewegt und beherrscht: 1) Durchsetzung des Anerkennens und 2) Erzwingung eines angemessenen Handelns. Jenes Element läßt sich als das ideale, dieses als das naturale bezeichnen[1].

1) Vergl. v. Bethmann-Hollweg R. Civilpr. I. S. 190. II. S. 241.

Auch von Seiten des Beklagten entspricht das ideale Element den Ansprüchen eines ideal gestimmten Volks und eines naiven Zeitalters. Hier ist es dem Beklagten zunächst (nur) um seine Ueberzeugung zu thun: er verweigert, weil er sich nicht gehalten meint zu leisten. Fällt aber der Entscheid, dem er sich unterworfen, gegen ihn aus, so ist es Ehrensache für ihn, gutwillig zu leisten; seine rechtliche Ueberzeugung ist gebrochen, und sein Leisten ist selbstverständliche Folge seines Unterliegens. So wird es immer unter Ehrenmännern gehalten werden: wer sachfällig nicht leistete, würde als ein Frevler in der Rechtsgenossenschaft vereinsamt seyn. Da ist die *Condemnatio* noch nicht indicirt; indicirt ist dieselbe erst, theils wenn der Ungehorsam gegen Urtheile häufiger und es daher Bedürfniß wird, dem Unterliegenden zu drohen (die *Condemnatio* ist eine Drohung mit der Zwangsvollstreckung), theils wenn die Rechtsverhältnisse eine complicirtere Natur annehmen im Fortschritt des Verkehrslebens, infolge dessen der Anspruch sich nicht mehr einfach aus dem geltend gemachten Recht ergibt und nun das Bedürfniß entsteht, den Anspruch besonders zu individualisiren, bez. zu quantificiren.

B. Das ideale Element wird den Organismus des Civilprocesses bestimmen in Zeiten kühner jugendlicher Volkskraft, wo der Geist in sich selbst und seinem Aufschwung höchste Genüge findet; das naturale Element wird die Oberhand gewinnen, wenn der Trieb geschäftlicher Prosa und ökonomischer Zweckberechnung den Verkehr beherrscht. So sehen wir das naturale Element in unserem modernen Civilproceß maßgebend, und anderseits ist zu vermuthen, daß dereinst im ältesten röm. Civilproceß das ideale Element die Seele des Proceßorganismus gewesen.

Diese Vermuthung rechtfertigt sich in der Structur des altröm. Sacramentsprocesses. Derselbe war ein Kampf von Behauptungen, der Auftritt der Parteien eine religiöse Ehrensache für beide Theile. Die rechtliche Anerkennung erschien als die Hauptsache, der thatsächliche Erfolg nur als Nebensache; daher war eigentlich, so scheint es, nur jene Seite im Processe staatlich geordnet, und mit der *pronuntiatio, utrius sacramentum justum sit*[1], die Richteraufgabe erschöpft[2]. Die *controversia* war nicht ein Fordern des Klägers (*agere* im späteren Sinn), sondern ein Behaupten auf beiden Seiten (*contendere s. conserere*), der *vindex* hieß auch *adsertor*, und der Richterspruch war nicht ein Condemniren, sondern bloß ein *sacramentum justum judicare*. Weiter ging die Ermächtigung des Richters nicht[3]. Die Parteien traten vor dem Richter auf, jede mit ihrer Behauptung: der Richter würde hiernach über sein *munus judicandi* hinausgegangen seyn, wenn er außer der *judicatio* noch eine *condemnatio* hätte aussprechen wollen; er war durch den Kläger nicht dazu aufgefordert, und ohne Aufforderung konnte er nicht vorgehen. Auf Grund der staatlichen Anerkennung nöthigenfalls dann den sachlichen Erfolg zu erzielen, blieb dem Kläger als Privatangelegenheit und besonderes Unternehmen überlassen, zu welchem die Obrigkeit nur auf neue Veranlassung hin ihre kräftige Unterstützung gewährte. — Dieser

1) Vergl. auch *Scaev. in fr.* 31. *de pignor.* (20, 1): *Lex vectigali fundo dicta: pronuntiatum est, fundum secundum legem domini esse.*

2) s. Cursus § 158. Abs. 3.

3) Mit dieser Annahme stimmt die *addictio* überein, welche der Prätor bei der *in jure cessio* vollzog. Dieselbe drückte nicht einen Anspruch, sondern ein Recht aus, welches der Prätor für begründet erklärte. *Addicere* bedeutete in der Augursprache: als günstig bezeichnen; *alicui aliquid addicere*: sich in einer Sache günstig zeigen. Dem entspricht die richterliche Erklärung im Sacramentsprocess.

knappe Organismus des Processes entsprach einem Leben, welches gleichsam noch am Familiengut hing und in diesem das Maß der öffentlichen Stellung des Einzelnen erkannte: so ist der ursprüngliche Sacramentsproceß zugleich Ausdruck der Natural- und Immobiliarwirthschaft. In solcher Zeit ist der Streit über Grundeigenthum (bez. *res mancipi* überhaupt) *implicite* ein Statusproceß, und mit dem Wahrspruch des Richters ist dem Kläger Genüge geschehen, da hier eine Auflehnung der besiegten Partei zweck- und sinnlos seyn würde. Der Widerspenstige würde sich auf dem räuberisch behaupteten Grundstück mitten in der eng begrenzten Genossenschaft von dieser isolirt und gleichsam exilirt haben. Und wir dürfen nicht vergessen, wie in den ursprünglichen Zeiten genossenschaftlicher Geschlossenheit der Einzelne sich so sehr als Glied fühlt, daß er nicht leicht sich in Widerspruch zu der öffentlichen Stimme setzt; der Richter (bez. der Gerichtshof) sprach aber nicht nur unter den Auspicien des Magistrats, sondern auch als Organ der öffentlichen Sitte und Meinung.

Eine andere Wendung mußte der Civilproceß nehmen, sobald ein mobiler Vermögenswerth fungibler Natur, eine *res nec mancipi*, eine Summe Geldes, erstritten werden sollte, denn in der ältesten Zeit gab es kein präcises Eigenthum (*jus Quiritium*) an solchen Sachen, es war verdeckt durch die Macht des persönlichen Besitzes; nur durch die Person des Besitzers hindurch gab es einen rechtlichen Weg zu ihnen, und darum mußte der Proceßkampf sich um die Person des Beklagten drehen: er selbst galt als Objekt der Herrschaft, als Objekt des Streits, oder eigentlich hatte er sich schon zum Voraus unterworfen, und die Abführung in Privathaft war nur die Folge der Obligirung. Hier zeigte sich zuerst ausdrücklich, daß das Interesse des Klägers weiter gehen könne, als bloß eine Anerkennung seines Rechts durchzusetzen. Diese lag eigentlich schon vor; nun galt es weiter, den Beklagten zum entsprechenden Handeln zu zwingen, und der Proceß mußte diesem Ausgang zustreben. Vom Standpunkte des Wettkampfes aus konnte das als ein neues und fremdes Moment erscheinen. Der Richter sollte nicht bloß einen Wahrspruch thun, sondern daran ein Ansinnen knüpfen und den besiegten Beklagten auffordern, den Sieger sachlich zufrieden zu stellen. Das konnte als ein Eingriff in die souveräne Stellung des Privatmanns, selbst des Klägers, erscheinen, dessen Initiative frei bleiben, und dessen Belieben nicht vorgegriffen werden sollte. Es scheint darum, daß die Römer diesen zweiten Schritt zunächst von einem neuen Ausgangspunkte aus gethan und erst nachher beide Elemente vereinigt haben.

Der Nexumproceß mit *manus injectio* zeigt uns diesen zweiten separaten Schritt. In ihm meldet sich die schüchtern beginnende Geldwirthschaft, der Keim der Obligationsidee und jenes zweite Proceßelement, welches das naturale genannt worden ist. Hier ist kein Kampf, kein Wettkampf, sondern der Schuldner ist es selbst, welcher sich von vorn herein unterworfen, gebunden, und für einen *judicatus* erklärt hat, und sofort hat der Gläubiger mit dem Ausspruch *Damnas esto* das Ansinnen eines bestimmten sachlichen Handelns hinzugefügt. In diesem altröm. Executivproceß kündigt sich das naturale Element an.

Als dieser Proceßart durch die *lex Poetelia* die Spitze abgebrochen war, mußte das Bedürfniß einer Umgestaltung des Wettprocesses, wodurch derselbe für Obligationen geschickt gemacht und neben dem Sacramentsproceß eine andere Form geschaffen wurde, entstehen. Ob dies die Grundidee der

*lex Silia* und des Condictionsprocesses war? In diesem fand sich das ideale (*pronuntiatio*) und naturale Element (*condemnatio*) verbunden; in ihm kündigte sich der Formularproceß von Ferne an.

C. Wir haben gesehen, daß im Sacramentsproceß ein dinglicher, im Nexumproceß ein obligatorischer Grundzug vorherrschte. Jener ist der schwerfälligere, dieser der beweglichere; jener mußte sich beschränken, dieser sich erweitern; jenem gehörte die Vergangenheit, diesem die Zukunft. Der Sacramentsproceß (vielleicht überhaupt die specifische Gestalt der dinglichen Klage) zog sich auf sein eigentliches Gebiet (*in rem actiones* und Statusprocesse) zurück, der Condictionsproceß (an der Stelle der Nexumklage, d. h. der persönlichen Klage) erweiterte sein Gebiet durch die *lex Calpurnia* auf *omnis res* (*certa*), und in der Gestalt der *concepta verba* ward er endlich zum Ordinarproceß der dritten Periode. Dies ist die Grundbedeutung der Formula mit dem Condemnationspassus.

Indem das naturale Element (Leistungsansinnen) in den Proceß eintrat, die Behauptung (*contentio*) zur Forderung (*intentio*), der Ausspruch zum Anspruch, der Wahrspruch zum Machtspruch, das Erkennen zum Gebieten, die *judicatio* zur *condemnatio* wurde, gestaltete sich der Civilproceß zu einer der *Obligatio* ungemein ähnlichen Erscheinung. Schon im Sacramentsproceß, wo *vadimonium* und sonstige prätorische Stipulationen Platz fanden, blickte die natürliche Neigung des Processes durch, sich zu einem obligationsmäßigen Anspruch zu gestalten. Es stehen sich ja im Proceß, wie bei der *obligatio*, Person und Person gegenüber: der Eine fordert eine Verhandlung mit dem Gegner, die Gegenwart desselben und eine Anerkennung seines behaupteten Rechts, und im Hintergrunde ruht die Erwartung, daß Beklagter, wofern er unterliegt, thätig werde, ihn, Klägern, zu befriedigen. Im Condictions- und Formularproceß aber nimmt der ganze Organismus ein obligatorisches Gepräge an. Alles arbeitet hier auf die *condemnatio*, d. h. auf das Verlangen thätigen Handelns und Leistens des besiegten Beklagten hin: *apud Veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere*[1]. Demgemäß schied Ulpian[2] von der *actio* (mit *condemnatio*) das *praejudicium* (ohne *cond.*), und wurde von dem mit der Vindication oder Erbklage Belangten gesagt: *tenetur de proprietate, tenetur hereditatis petitione.* Der Proceß ist nicht mehr Wette und Kampf, sondern Anspruch und Forderung. Aehnelte der Sacramentsproceß einer *in jure cessio* und dinglichen Rechtsbegründung, so ahmt der Formularproceß den Akt einer Obligationsbegründung nach[3]. Geld aber ist der natürlichste Inhalt einer obligatorischen Leistung, und darum, wo die *condemnatio* als Proceßelement auftritt, ist sie *pecuniaria.* Die *pecuniaria condemnatio* war die natürliche Form, unter welcher überhaupt die *judicatio* zur *condemnatio* werden konnte; das Condemnationselement mußte erst bedeutend erstarken, bevor eine *condemnatio in ipsam rem* zulässig schien; im alten Saramentsproceß gab es nur *judicatio,* und nur der Nexumproceß hatte nicht eine richterliche Verurtheilung, sondern eine außergerichtliche Selbstverurtheilung enthalten. So läßt sich wohl behaupten, der Formularproceß habe aus dem Sacramentsproceß die *Intentio,* aus dem Nexumverfahren die *Condemnatio* entnommen, eine Combination, welche durch den Condictionsproceß vorbereitet worden. Das Nexum

1) *Gai.* 3, 180. — 2) in *fr.* 25. § 2. *de procur.* (3, 3).
3) Vergl. v. Bethmann-Hollweg Civilpr. II. S. 210.

ging immer auf *pecunia:* darum war es natürlich und historisch, daß die gerichtliche *condemnatio* (im Formularproceß) anfänglich auch nur auf *pecunia* ging.

D. Die *condemnatio pecuniaria* im Formularproceß war zugleich eine Consequenz der Geldwirthschaft und entsprach der Herrschaft des Obligationstypus im Verkehr. Außerdem aber enthielt sie eine Erweiterung und Steigerung der richterlichen Macht, und insofern gehörte sie als ein wichtiges Entwickelungsmoment in den Zusammenhang allmählicher publicistischer Umgestaltung des röm. Civilprocesses, wodurch dieser der Officialmaxime sich anzunähern begann. Die *condemnatio* war mithin das dem Formularproceß specifische Element. Im alten Sacramentsproceß war der Kläger nur auf den Gewinn der Wette ausgegangen, die Erzwingung des erstrittenen Rechts zu weiterer Erwägung und besonderer Entschließung sich vorbehaltend; im Formularproceß legte der Kläger den vollen realen Ausgang des Processes in die Hand des Prätor, und demnach nahm dieser in die Formula die Anweisung an den Spruchrichter mit auf, eventuell der *res judicata* die Spitze der *condemnatio* hinzuzufügen und dadurch die Execution unmittelbar vorzubereiten. Diese Vorbereitung war aber nur dann eine wahre praktische Vorbereitung, wenn die Sache sofort executionsreif gemacht wurde. Dies geschah durch Auflösung in Geldwerth und Zusammenfassung in eine bestimmte Geldsumme. Ueber eine solche war dann nicht weiter zu debattiren, alle Gründe der etwa erwünschten Executionsverzögerung waren beseitigt: die *res judicata* mit *condemnatio* war ein prompter Geldanspruch und fast wie eine baare Geldsumme. Darum tendirten alle Civilprocesse nach dieser Seite, zu einer Zeit, wo alle Vermögenswerthe von der Seite ihres Geldwerths angesehen wurden, und der gesammte Bestand des Nationalvermögens in raschen und leichten Fluß gesetzt ward[1].

Indem der Formularproceß eine der *Obligatio* ähnliche Erscheinung genannt wird, ist seine Identificirung mit derselben deutlich genug abgelehnt. Es gibt in verschiedenen anderen Rechtstheilen gewisse typische Erscheinungen, welche mit dem civilistischen Körper der Obligatio verglichen werden können, z. B. im Staatsrecht der Anspruch des Staats an die Staatsbürger auf (fällige) Steuern; in gleicher Weise wie dieses Hoheitsrecht ein publicistisches, ist der Klaganspruch des Klägers ein processuales Analogon der Obligatio: alle drei sind als Grundtypen des Rechts anzusehen, die nur unter gewissem Gesichtspunkte vergleichbar werden. Der Vergleich hat etwas Belebendes für die Anschauung und verdeutlicht uns gut den stillen Zug des Proceßorganismus in der oben geschilderten Richtung, welche die mobilisirende, geldwirthschaftliche Strömung (in der 3. Periode) einschlug und die elastische Gestalt der Obligatio zum herrschenden Typus des Verkehrsrechts erhob[2].

E. Mit diesem obligationsmäßigen Zuschnitt des neuen Civilprocesses der Römer ist nicht jener vertragsmäßige Typus gemeint, welcher überhaupt dem röm. Proceßstyl zu Grunde gelegen hat[3]. Es ist zwischen Vertrag (Rechtsgeschäft) und Obligatio (Rechtsverhältniß) zu unterscheiden. Der Obligationskarakter bildete sich erst jetzt (in der 3. Periode) aus, während der Vertragstypus dem röm. Civilproceß von jeher, ja gerade in den Anfängen

1) Vergl. oben S. 236. 237. — 2) Vergl. Ihering Geist d. R. R. III. § 54.
3) Vergl. Ihering Geist d. R. R. I. § 12. Rudorff II. § 71.

ganz besonders eigen war und im Laufe der Zeiten vielmehr eine Abschwächung erfuhr. Ich meine dies. In der früheren Zeit war der Civilproceß gewissermaßen über den Typus der *in jure cessio* geformt und trug demgemäß mehr einen sachenrechtlichen Karakter, wie er in der *legis actio sacramento* besonders zu Tage trat: diesem entsprach der Judicationsstandpunkt, von welchem aus mehr das Streitobjekt als der Streitgegner in Betracht kam. Dagegen erscheint der Formularproceß mehr über den Typus des obligatorischen Vertrags geformt, und seine Stadien gleichen den Phasen einer Obligationsentstehung, bei welcher die andere Partei in wesentlichen Betracht kommt, und das Proceßverhältniß zu einer Schuldverbindlichkeit derselben wird; indem hier vom Condemnationsstandpunkt aus mehr der Streitgegner, als der Streitgegenstand auf's Korn genommen wird, gelingt eine weit freiere und den Umständen stets volle Rechnung tragende Streitbehandlung, und der Proceß wird elastisch in einer der Mobiliar- und Geldwirthschaft entsprechenden Weise. Der Vertragskarakter schwindet mehr und mehr unter der publicistisch-bureaukratischen Neigung der späteren Zeit, wogegen der Obligationskarakter erst da seine consequente Durchbildung erhält. Es geschieht dies durch die Jurisprudenz, und dieser Obligationskarakter gehört zur Signatur des röm. Civilprocesses auf der Höhe der klassischen Jurisprudenz [1].

Im ersten Proceßstyl trat das Rechtsverhältniß (*res in litem deducta*) rein hervor, und da ein Rechtsverhältniß eine Herrschaft über das gegebene Objekt ist, so mußte der Proceß immer eine gerade Richtung auf das Objekt nehmen: daher hier die ruhige und einfache Objektivität des ältesten röm. Processes, und daher mit der Verschiedenartigkeit der Objekte (Sachen, Schuldleistungen — *res mancipi, res nec mancipi!*) eine Verschiedenheit der Proceßarten (dingliche Processe: *sacramentum* — obligatorische Processe: *manus injectio, condictio*) zusammenhing. Im zweiten Proceßstyl ist der Proceß zu einem selbständigen Organismus erstarkt [2]: das Rechtsverhältniß muß sich ein Ueber- und Eingehen in diesen gefallen lassen; die Person des Gegners wird als Proceßfactor wichtig, nicht bloß in obligatorischen, sondern auch in dinglichen Processen. So gewinnt nun der Proceß eine bewegliche und dramatischer Verwickelungen aller Art fähige Subjektivität, und die dinglichen und obligatorischen Processe nähern sich einander. Diese Nivellirung vollzieht sich in der Formula. Im ersten Proceßstyl entschied der Richter viel mehr objektiv; es dürfte danach kaum vorgekommen seyn, daß, wenn einmal der Richter dem Kläger die Sache zugesprochen hatte, noch ein Dritter das Eigenthum für sich behaupten konnte; gab es doch in alter Zeit auch nur solenne Erwerbsgründe, die leicht vom Richter in absoluter Weise constatirt werden konnten. Im zweiten Proceßstyl dagegen entscheidet der Richter schlechthin nur *inter partes:* er spricht nicht aus, daß Kläger Eigenthümer sei, sondern daß er als Eigenthümer dem Beklagten gegenüber gelten und dieser demgemäß handeln solle, — oder daß Kläger *ex causa obligationis* zu fordern berechtigt und Beklagter zu leisten schuldig sei. Dingliche wie persönliche Klagen kommen also gleicherweise auf ein Leisten hinaus.

---

1) Vergl. die folg. Periode. — 2) Vergl. Cursus § 93—95.

## III.

## Die Natur der *exceptio*[1].

Zu § 250] A. Der Beklagte kann nach römischer Auffassung sich auf zweierlei verschiedene Weise verhalten zu dem vom Kläger behaupteten und in der Klage geltend gemachten Recht (d. h. zu dem Inhalt der in die Formel aufgenommenen *Intentio*), wenn es gilt sich gegenüber dem Anspruch des Klägers zu vertheidigen. 1) Er kann das Daseyn des geltend gemachten Rechts bestreiten, dieses also einfach verneinen, d. h. behaupten, daß es *ipso jure* nicht bestehe. Es ist hiefür[2] gleichgültig, ob Beklagter behauptet, daß das vom Kläger behauptete Recht überhaupt nie bestanden habe, d. h. gar nicht zur Entstehung gelangt sei; oder daß es zwar entstanden, dann aber wieder untergegangen sei und daher gegenwärtig nicht mehr bestehe. Man könnte diesen Vertheidigungsweg *defensio ipso jure* nennen; der Beklagte stellt sich hier in dasselbe Rechtssystem hinein, auf welches Kläger sich stützt, und vertheidigt sich mit demselben juristischen Apparat, mit welchem er angegriffen ist.

2) Er kann aber auch einen anderen Weg einschlagen, indem er die vom Kläger zur Begründung seines geltend gemachten Rechts aufgestellte Rechtsbehauptung nicht (oder nicht schlechterdings) bestreitet, d. h. nicht als solche angreift, sondern behauptet, daß trotz des vielleicht begründeten Rechts doch der daraus abgeleitete Anspruch nicht erhoben werden dürfe. Hier greift er nicht die Intentio, sondern die Condemnatio in der Formel an; er stellt sich nicht auf den gleichen Rechtsboden, wie der Kläger, und entnimmt seine Vertheidigungswaffen einem anderen Rechtssystem, als der Kläger seine Offensivwaffen entnommen hat. Papinian nennt diesen Weg *defensio exceptionis*[3]. Kläger hat ein Recht auf der Grundlage des *jus civile* geltend gemacht: dem gegenüber beruft sich nun der Beklagte auf *jus honorarium* (z. B. *exceptio doli*) oder *jus extraordinarium* (z. B. *exceptio Scti Macedoniani*); Kläger hat ein Recht auf Grund des prätorischen Edikts geltend gemacht: dem gegenüber beruft sich nun der Beklagte auf Civilrecht, z. B. der *Publiciana actio* stellt er die *exceptio dominii* entgegen. Hier hat der Kläger *ipso jure* (im weiteren Sinne)[4] das behauptete Recht, aber der Be-

---

1) Literatur: Hummel Beiträge z. Berichtigung und Erweit. d. posit. Rechts I. (1804).
Löhr Magazin f. Rechtswiss. u. Gesgbg IV (1820). S. 146 ff.
Albrecht Die Exceptionen d. gem. teutschen Civilproc. geschichtlich entwickelt (1835).
Hänel Arch. f. civ. Praxis XII (1829) S. 429 ff.
Büchel Civilrechtl. Erörtergn II (1836) S. 85 ff.
Kierulff Theorie d. gem. Civilr. I (1839) S. 184 ff.
Brackenhoeft Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XVI (1841). S. 149 ff. 173 ff.
v. Savigny System d. heut. Rechts V (1841) § 225—228.
Bekker d. process. Consumtion (1853) S. 93 ff. Actionen II (1873) S. 278 ff.
v. Völderndorff Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XI (1854) S. 290 ff.
Brinz Pandekten I. § 40a. 107. 376; krit. Viertelj.-Schr. XIV. S. 206 ff. 299.
Maxen Ueb. Beweislast, Einreden u. Exceptionen (1861) S. 21 ff.
Thon Zeitschr. f. Rechtsgesch. II (1862) S. 239 ff.
Krüger Process. Consumtion u. Rechtskraft d. Erkenntn. (1864) § 5. u. i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. VII. (1867) S. 219 ff.
v. Bethmann-Hollweg Röm. Civilpr. II (1865). § 99.
Eisele d. materielle Grundlage der *Exceptio* (1871).
Zimmermann Krit. Bemerkgn zu Eisele's Schrift üb. d. m. Gr. d. *E*. (1872).
Windscheid Pand. § 47.
Birkmeyer Die Exceptionen im *bonae fidei judicium* (1874).
Lenel Ueb. Ursprung u. Wirkung der Exceptionen (1876).
Wach in Keller's Civilpr. (ed. 5. 1876) Anm. 378.

2) wenn es auch nicht für die Beweislast gleichgültig ist.

3) *fr. 7. ad Sct. Vell.* (16, 1). An anderer Stelle sagt er: *aequitate defensionis infringere actionem* (*fr. 12. de doli exceptione* 44, 4). — 4) vergl. Lenel l. c. S. 88 ff.

klagte entkräftet es *ope exceptionis*, indem er jenem Recht sein Gegenrecht entgegenstellt und dadurch seine Verurtheilung (entweder ganz oder theilweise oder zeitweise) abwendet. So tritt die *exceptio* der *actio* gegenüber, ohne sie zu vernichten; sie entkräftet nur die *actio*, indem sie ihre Wirksamkeit hemmt[1]. Ohne das Recht des Klägers unmittelbar anzutasten, vereitelt sie doch die Consequenz des Rechts, welche sich als Anspruch (an den Beklagten) darstellt[2].

Es ist zum Theil eine nur geschichtliche Frage, wo die Römer eine *defensio ipso jure* oder *ope exceptionis* angenommen haben, und bei den Römern selbst waren nicht alle Fälle unbestritten, wie die zwischen Proculianern und Sabinianern ventilirte Controvers über die Kraft der *in solutum datio* zeigt[3].

Der römische Begriff der *exceptio* hängt nicht mit der Beweisfrage im Proceß zusammen, wie der moderne Begriff der Einrede, welcher (ebenso wie der entsprechende Begriff der s. g. negativen Litiscontestation) ein reiner Proceßbegriff ist: wie Kläger den thatsächlichen Grund seiner Klage, so hat eventuell Beklagter den thatsächlichen Grund seiner Einrede zu beweisen: dabei stehen Thatsache und Thatsache einander gegenüber. Anders verhält es sich mit der *exceptio* im Sinne des classischen Rechts, welche mit der Beweisfrage an sich nichts zu thun hat, ganz wesentlich eine Frage des materiellen Rechts ist und nur wegen ihrer Behandlung in der Formula zur Zeit des Formularprocesses zugleich eine processuale Bedeutung gewinnt. In der *exceptio* kommt dem Recht des Klägers gegenüber ein Gegenrecht des Beklagten zur Erscheinung, Recht und Gegenrecht also stehen hier einander gegenüber. Natürlich bedarf es für das Gegenrecht des Beklagten der Grundlage bestimmter Thatsachen ebenso, wie für das Recht des Klägers.

Die ehemalige Proceßbedeutung der *exceptio* hing großentheils mit dem Unterschied der *judicia stricti juris* und *bonae fidei* zusammen. Von letzteren galt der Satz: *exceptiones bonae fidei judiciis insunt*[4], d. h. hier galt der Geschworne auf Grund der Clausel *ex bona fide* stillschweigend für ermächtigt, etwaigen Exceptionen, wenn sie vom Beklagten *in judicio* vorgebracht werden sollten, Gehör und Beachtung zu schenken. In einem *judicium stricti juris* dagegen war die *exceptio* versäumt, wenn sie vom Beklagten nicht schon *in jure* vorgebracht und vom Prätor in die Formel aufgenommen wurde; um *in judicio* zur Geltung zu kommen, mußte sie in der Formel stehen, wo sie ihren Platz zwischen der Intentio und Condemnatio, unmittelbar vor der letzteren, hatte und als negative Bedingung der Condemnatio auftrat. Als solche stellte sie sich neben die Intentio, welche die Gestalt einer positiven Bedingung der Condemnatio haben mußte. Solchenfalls war die Condemnation doppelt bedingt: positiv durch die Wahrheit der Intentio und negativ durch die Wahrheit der Exceptio. Letztere schloß sich daher in der Proceßformel mit den Worten *si non*[5] oder *extra quam si* an die vorausgehende Intentio an. Uebrigens war es gleich, ob der Prätor eine einzelne

---

1) Dies ist die Quellenanschauung. Man beachte z. B. die Ausdrucksweise Ulpian's betreffs der intercedirenden Frau; er nennt sie *mulier contra Sctum (Vellejanum) obligata*, dann aber *non obligata cum effectu*, ihre Position bezeichnet er als die einer *auxilio Scti munita* (*fr.* 8. § 3. 8. 12. *ad Sct. Vell.* 16, 1). Das erinnert an das tribunicische *auxilium adversus imperium*.

2) Man nennt neuerdings ein solches indirekt (durch *exceptio*) entkräftetes Recht ein exceptionsmässiges Recht.

3) Vergl. Cursus § 635 a. E. — 4) Vergl. Cursus § 251. Abs. 2.

5) Ueber die kaum üblich oder zulässig gewesene Fassung mit *nisi* s. Huschke Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIII. S. 315. 321; Schmidt Interdictenverfahren S. 109. 110. Keller Civilpr. § 34. Anm. 369. Rudorff in Puchta's Cursus I. § 170. Anm. e.

bestimmte *exceptio*, z. B. die *exceptio doli specialis*[1] oder *quod metus causa*[2] oder *compensationis*[3] oder *Scti Macedoniani*[4] in Gemäßheit des Antrags des Beklagten aufgenommen, oder aber das allgemeine Exceptionsschema gewählt hatte, welches von jeder Namhaftmachung einzelner bestimmter Exceptionen absah und den Geschwornen generell ermächtigte, etwaigen beliebigen Exceptionen des Beklagten Gehör und Beachtung zu schenken.

Dieses allgemeine Exceptionsschema lautete: *si in ea re nihil dolo malo factum est vel fit* und drückte (im Unterschied von der eigentlichen oder speciellen *exceptio doli*) folgenden Gedanken des Prätor aus: der Geschworne solle verurtheilen, wenn sich nicht herausstelle, daß Kläger durch gegenwärtige Anstrengung der Klage ein Unrecht begehe und unbillig handle (*si in ea re nihil dolo malo fit*); dies sei der Fall, wenn dem Beklagten (irgend) eine *exceptio* zur Seite stehe, die dem Kläger bekannt sei oder doch nun durch das Entgegenhalten des Beklagten bekannt geworden sei[5]; denn er wisse hier, daß er mit seiner Klage nicht durchdringen werde, sein Versuch sei Chikane und sein Ignoriren des ihm entgegenstehenden Exceptionsumstands ein *dolus malus*. Hier handelt es sich nicht um eine bestimmte der Vergangenheit angehörige dolose Handlung (*si factum est*), sondern um ein gegenwärtiges, in der Klaganstellung enthaltenes Unrechtthun (*si fit*)[6]. Man pflegte freilich in der Formel mit dem Letzteren (Generaldolus) den ersteren (Specialdolus), d. h. Gegenwart mit Vergangenheit zu verbinden, obwohl in dem Generaldolus der Specialdolus mit hätte enthalten gedacht werden können: dies war aber nur formelles Herkommen.

B. Es fragt sich nun, ob wir heutzutage in unserem Rechtssystem das Bedürfniß haben, den Begriff der Exceptio festzuhalten. Insoweit er mit der römischen Proceßformel zusammenhing, gewiß nicht. Weder die Clausel der *bona fides*, noch die Insertion specieller *exceptiones* oder der *exceptio doli generalis* kann heutzutage in Frage kommen. Aber wir haben gesagt, daß der Exceptionsbegriff wesentlich dem materiellen Recht angehöre.

Dieser Zusammenhang mit dem materiellen Recht nun ist großentheils geschichtlicher Art. Der Prätor hat, theils auf der Grundlage civilrechtlicher Bestimmungen, theils von sich aus, gewissen Momenten die Kraft, civilrechtlichen Rechten entgegenzuwirken, eingeräumt. Dahin gehört die *exceptio legis Cinciae, legis Plaetoriae*[7], sodann die Menge rein ediktmäßiger Exceptionen, voran die der *exceptiones in factum*, welche sich in der *exceptio doli generalis* zusammenfassen ließen[8]. Aehnlich ist das Verhältniß der auf Senatsconsulten der Kaiserzeit gegründeten Exceptionen, denn diese *Scta* gehören in das Bereich des *jus extraordinarium*, welches dem Civil- und prätorischen Recht ebenso selbständig gegenübersteht, wie das prätorische Recht dem Civilrecht: ein rechtsgeschichtlicher Umstand, der bis jetzt (auch im vor-

1) oder *exceptio doli praeteriti*, d. h. das Anführen des Beklagten, Kläger habe durch betrügerische Handlungsweise die Entstehung seines Rechts veranlasst, z. B. durch falsche Vorspiegelungen den Beklagten zum Promittiren verleitet.

2) d. h. das Anführen, dass Beklagter zum Promittiren gezwungen worden.

3) s. Cursus § 688. — 4) s. Cursus § 674.

5) *Exceptio doli mali si nocebit: licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est, eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere* (*fr.* 2. § 3. *de doli exc.* 44, 4). Vergl. *fr.* 27. § 5. *de rei vind.* (6, 1) und *fr.* 58. *de her. pet.* (5, 3).

6) Man nennt daher jetzt wohl diese Exception *exceptio doli praesentis* (*nunc petendo dolo facis*).

7) Von ihnen sagt Gaius 4, 118: *ex legibus substantiam capiunt*. Vergl. Eisele *l. c.* S. 40. Zimmermann *l. c* S. 19 ff. Brinz *l. c.* S. 299. Birkmeyer *l. c.* S. 42. Ueber die *exc. legis Plaetoriae* s. jedoch neuerdings wieder Huschke Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIII (1877) S. 321 ff.

8) Von ihnen sagt Gai. *l. c.*: *ex jurisdictione Praetoris proditae sunt*, d. h. ihr Grundgedanke selbst ist vom Prätor erfunden.

liegenden Zusammenhange) viel zu wenig beachtet worden ist. Aus dem *jus extraordinarium* entnommene Vertheidigungsmittel konnten civiles oder prätorisches Recht nur hemmen, nicht nullificiren: daher die *exceptio Scti Macedoniani, Vellejani, Trebelliani*[1]. Der Prätor hat diesen Anfechtungsgedanken nicht erfunden, aber zu Exceptionen im Edikt dann verwendet.

Insoweit es sich um Exceptionen handelt, welche lediglich auf dem geschichtlichen Unterschied juristischer Regionen — *jus legitimum* und bez. *civile; jus honorarium; jus extraordinarium*[2] — beruhen, kann von ihnen als praktischen Begriffen heutzutage nicht mehr die Rede seyn. Aber es muß gefragt werden, ob nicht einzelne dieser Exceptionen einen tieferen Hintergrund haben, den es auch für uns heute zu wahren gilt[3]. Dies muß z. B. behauptet werden von der *exceptio justi dominii*, welche der *Publiciana actio* gegenüber Platz greift; auch eine Servitut kann gegenüber der *rei vindicatio* als *exceptio* auftreten. Ferner erleichtert der Exceptionsbegriff den Gedanken, daß ein der Geltendmachung der Obligatio entgegentretendes Hinderniß, welches Exceptionskarakter hat, nachher so wieder in Wegfall kommen, in Wegfall gebracht werden kann, daß das Recht zu seiner ursprünglichen Kraft zurückgelangt und gewissermaßen wieder erwacht oder auflebt. Wäre es (*ipso jure*) vernichtet, so könnte kein Erwachen oder Wiederaufleben stattfinden. Jenes würde z. B. der Fall seyn, wenn die dem Beklagten erworbene *exceptio compensationis* durch ein *pactum de non petendo* hinweggeräumt würde. Endlich bietet der Exceptionsbegriff den für gewisse Verhältnisse werthvollen dogmatischen Vortheil, daß neben der absoluten, d. h. sämmtlichen etwaigen Interessenten gegenüber geltenden Entkräftung auch eine relative, d. h. auf gewisse Interessenten beschränkte Entkräftung denk- und construirbar ist: eine Unterscheidung, welche praktisch wichtig und mit der *ipso jure* stattfindenden Nichtigkeit nur schwer vereinbar ist. Eine *acceptilatio* wirkte schlechterdings absolut, denn sie tilgte die *obligatio* für Alle, während das *pactum de non petendo*[4] nach der Absicht der Paciscenten vielleicht nur dem Schuldner selbst, nicht aber dem Bürgen, oder nicht einem der Mitbürgen zu Statten kommen soll. Solche relativ wirksame Anfechtungs- und Vertheidigungsgründe können (ebenso wie die nur zeitweise wirksamen — z. B. *exceptio pacti de non petendo temporalis*) nur als Exceptionen — im Unterschied von den Vernichtungsgründen — dogmatisch fixirt werden.

## IV.

## Die *actio judicati* im Fall der Stellvertretung.

Zu § 253] Es ist behauptet worden, daß die Sentenz nur auf den Stellvertreter lauten, nur für und gegen diesen wirken, folglich die Execution (*actio judicati*) nur den *cognitor rei* treffen, nur dem *cognitor actoris* zustehen, die Wirkungen der Sentenz nur indirect (durch Defensionsübernahme, bez. Cession, später durch *actio judicati utilis*) auf den *dominus* zurückbe-

---

1) von ihnen sagt Gai. *l. c.: ex his, quae legis vicem obtinent, substantiam capiunt.*

2) Auch gegenüber den auf *bona fides* beruhenden Contractsobligationen ist von *exceptiones* die Rede, aber nur im materiellen, nicht im processualen Sinne. — Das *ipso jure compensari* des späteren Rechts ist wohl nur aus der Region des *jus extraordinarium* heraus, in welche es versetzt wurde, und wo der alte Gegensatz abgeflacht erschien, erklärbar. Ueber die Exceptio in der *actio in factum* s. Thon *l. c.* S. 242. 258 und Birkmeyer *l. c.* S. 8 ff.

3) Vergl. Birkmeyer *l. c.* S. 84 ff.

4) Vergl. dazu Birkmeyer *l. c.* S. 67.

zogen werden konnten[1]. Allein soweit diese Behauptungen den *Cognitor* betreffen, gebricht es an jeglichem Beweise. Es sind immer nur vom *procurator* handelnde Stellen, welche dafür angeführt werden, und die Annahme einer Interpolation in einigen dieser Stellen ist mindestens sehr problematisch. Unverkennbar war die Stellung des *cognitor* und des *procurator* eine wesentlich verschiedene. Der *cognitor* übernahm den Proceß auf fremde — der *procurator* auf seine Gefahr; den *cognitor* hatte sich der *dominus in litem* substituirt, der *procurator* war es selbst, der sich *in litem* substituirte. Darum hatte es der Gegner dem *cognitor* gegenüber im Grunde immer mit dem *dominus,* dem *procurator* gegenüber gar nicht mit dem *dominus,* sondern lediglich mit dem *procurator* selbst zu thun. Dieser Unterschied mußte sich auch in der Sentenz geltend machen, denn die Beziehung der *condemnatio* auf den *cognitor* konnte nur einen formalen Sinn, ihre Beziehung auf den *procurator* mußte einen materiellen Sinn haben. Wir kennen überhaupt die Formulirung der Sentenz nicht, und wissen nicht, in welcher Gestalt besondere *pronuntiatio* und darauf besondere *condemnatio* folgte[2], und wie die letztere specialisirt war. Das *in personam cognitoris condemnationem convertere* kann recht wohl bedeutet haben: die Sentenz dem *cognitor* gegenüber auf Grund der Handlungen desselben *in judicio* abgeben, und dies kann in einer Wendung geschehen seyn, welche das eigentliche Leistungsansinnen auf den *dominus* selbst beziehbar machte.

Gegen die hier bekämpfte Ansicht spricht schon dies, daß danach ein einfacher *cognitor* dem *cognitor in rem suam* glich und folglich die Bestellung eines einfachen *cognitor* weit über das Ziel hinausschoß; sodann ist aber zu bemerken, daß die *fragmenta Vatic.* § 317 ausdrücklich und schlechthin die *actio judicati* auf den *dominus* beziehen, und daß diese *actio judicati* nirgends als *utilis* bezeichnet wird. Man hat dem gegenüber von einem *dominium litis* des Stellvertreters gesprochen, und in Einer Stelle (von Macer) wird allerdings dieser Ausdruck gebraucht, aber nicht bezüglich des *cognitor,* sondern des *procurator;* vom *cognitor* sagt Gaius, daß er nur *loco domini habetur,* immer wird der *cognitor* dem *dominus* (Vertretenen) gegenübergesetzt, und in vielen Stellen[3] wird der Interessent selbst als *dominus litis* bezeichnet.

Wir haben festzuhalten, daß der *cognitor* Organ war; was er *in judicio* that, galt, wie des *dominus* eignes Handeln, die Sache (*lis*) blieb die des *dominus,* über dessen Recht sprach sich der Richter aus[4], freilich dem *cognitor* gegenüber, mit welchem er es faktisch zu thun hatte; aber die Sentenz sah es doch auf den *dominus* ab, und so konnte die *actio judicati,* welche auf *intentio* und *condemnatio* zugleich beruhte, nur unmittelbar in der Person des *dominus* Gestalt und Kraft gewinnen. Mit Ertheilung der Sentenz war die Function des *cognitor* erloschen, denn er war eben nur für diesen Proceß substituirt; die Sentenz würde hiermit in Widerspruch getreten seyn, wenn sie ihre Wirkungen zunächst auf den *cognitor* gelenkt hätte; die *actio judicati* war ein neuer Proceß, und in diesem mußte von vornherein auf die in der ursprünglichen *Intentio* fixirte Sachlage zurückgegangen werden. Es war auch nichts leichter, als diese *actio judicati* mit dem Vorausgegangenen in

---

1) s. namentl. Bekker Consumt. S. 151 u. Rudorff II. § 72. Vergl. dazu die eigenthümliche Combination bei Salpius Novation und Delegation, S. 367.

2) s. v. Bethmann-Hollweg Civilpr. II. S. 240. 288. 446.

3) z. B. *fr.* 30. 31. *de procurator* (3, 3); *fr.* 7. *de in lit. jur.* (12, 3); *c.* 1. *de errore advoc.* (2, 12).

4) *secundum — contra eum judicabatur,* z. B. *fr.* 9. § 1; *fr.* 27 u. 30. *de exc. rei jud.* (44, 2).

Einklang zu bringen, denn ähnlich, wie bei einer *actio adjecticiae qualitatis*, z. B. *quod jussu*, konnte in der *demonstratio*, bez. mit einer besonderen *praescriptio* vor der *Intentio* (in der Formel der *actio judicati*), der durch den *cognitor* erzielten *condemnatio* gedacht werden[1]. Beim *procurator* lag Alles anders: dieser constituirte ein selbständiges *judicium*, das zunächst sein eigenes war, und nicht auf das Rechtsverhältniß des *dominus*, sondern neben dieses gestellt wurde[2]; nur mittelbar und künstlich konnte dann (*verum mandatum* oder *ratihabitio* vorausgesetzt) die Sentenz auf den *dominus* hinüber bezogen, *in dominum et domino* die *actio judicati* gewährt werden (*indulgeri*). Demgemäß wird in jener Stelle der *fragm. Vatic.* ausdrücklich dem *cognitor* gegenüber vom *procurator* gesagt: *judicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit.* Analog dem *procurator* ward der *tutor pupilli* behandelt[3], dann freilich bemerkt, daß die Klage *pupillo et in pupillum* gegeben werde, aber auch hinzugefügt, daß dies auf Grund kaiserlicher Reskripte geschehen sei[4].

Mit dieser Ansicht stimmt überein, 1) daß der Executionsantrag *actio judicati* (nicht *condemnati*) genannt wurde: das *judicatum* wies auf die *judicatio* oder *pronuntiatio*[5], diese aber auf die *intentio* zurück; 2) daß Cicero sagt: *alteri nemo potest petere, nisi qui cognitor est factus*[6], woraus folgt, daß *cognitor non sibi, sed domino petebat*, und daß demgemäß auch die Sentenz formulirt worden seyn muß; 3) daß nicht dem *cognitor rei*, sondern dem *dominus* selbst die *cautio judicatum solvi* oblag; wenn v. Keller[7] bemerkt: „für den *Cognitor* hat der *Dominus* die Satisdation zu leisten", und ähnlich sich v. Bethmann-Hollweg und Salpius ausdrücken, so sieht man nicht ein, warum diese Wendung? denn der Natur der Sache nach lag jene Caution dem *dominus* selbst ob, und nirgends ist in den Quellen gesagt, daß derselbe für den *cognitor* cavirt habe. — Abgesehen hiervor scheint v. Keller[8] mit der hier vertheidigten Ansicht[9] übereinzustimmen, und ähnlich ist dieselbe v. Bethmann-Hollweg[10] entwickelt worden.

## V.

### Beispiele von Proceßformeln[11].

Zu § 238] A. Formeln mit civilrechtlicher Intentio[12].

1) *Octavius judex esto. Si paret, Numerium Negidium Aulo Agerio decem millia Sestertium dare oportere: N. N-um A. A-o decem millia Sest. condemna, si non paret, absolve* (*actio in personam*, z. B. *condictio certi ex stipulatu*).
2) *O. J. E. Si paret, fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quiritium A. Agerii esse, neque is fundus A. Agerio restituetur: quanti ea res erit, tantam pecuniam N. N-um A. A-o condemna, si non paret, absolve* (*rei vindicatio*).

1) vergl. Gai. 4, 134.
2) *c. 1. de sentent.* (7, 45); *fr. 11. pr. de doli exc.* (44, 4).
3) *fr. 11. pr. de doli exc.* (44, 4). *Gai. 4, 99.* — 4) *fr. 2. pr. de admin. tutor.* (26, 7).
5) s. *fr. 15. de exc. rei jud.* (44, 2). — 6) *Cic. pr. Q. Roscio* 18.
7) Civilpr. § 57. — 8) *l. c.* § 52. 58.
9) s. Kuntze d. Obligation u. Singularsucc. (1856) S. 35—8.
10) *l. c.* II. S. 430. 438.
11) Vergl. Rudorff Zeitschr. f. Rechtsgesch. IV. (1864) S. 1—122.
12) Vergl. v. Bethmann-Hollweg II. S. 221. 242. 252.

3) *O. J. E. Si paret, jus Agerio*[1] *esse eundi agendi in fundo Corneliano, quo de agitur, neque N. N-us A. A-o arbitratu tuo restituat: quanti ea res erit, N-um A-o condemna, s. n. p. a.* (*actio confessoria s. vindicatio servitutis*).

4) *O. J. E. Si paret, jus N-o non esse, invito A-o uti frui fundo Sejano, quo de agitur, neque N-us A-o restituat: quanti etc.* (*actio negatoria s. vindicatio libertatis praedii*).

Jene *actio in personam* zeigt uns eine *certa intentio* und *certae pecuniae condemnatio* (s. auch Formula *sub* 27), die übrigen (dinglichen) Formeln eine *certa intentio* mit *incertae pecuniae condemnatio* (s. g. *infinita cond.*)[2].

Zu § 240] B. Formeln mit Demonstratio vor der Intentio (welchenfalls die Intentio immer *incerta* ist):

5) *O. J. E. Quod A. Agerius de N. Negidio incertum* (z. B. *societatis causa*) *stipulatus est: quidquid ob eam rem N-um A-o dare facere oportet, ejus N-um A-o condemna, s. n. p. a.* (*actio ex stipulatu*)[3].

6) *Quod A-us N-o equum locavit, qua de re agitur: quidquid ob eam rem N-um A-o dare facere oportet ex fide bona, ejus N-um A-o condemna, s. n. p. a.* (*actio locati*).

7) *Quod A-us apud N-um mensam argenteam deposuit, qua de re agitur: quidquid etc.* (*actio depositi*)[4].

8) *Quod N-us A-o furtum fecit paterae aureae, qua de re agitur, si paret ob eam rem N-um A-o pro fure damnum decidere*[5] *oportere: quanti paret eam rem fuisse, tantae pecuniae duplum N-um A-o condemna, s. n. p. a.* (*actio furti nec manifesti*)[6].

Zu § 241] C. Formel mit Adjudicatio:

9) *O. J. E. Quod Titio cum Sejo fundus Campanus, qua de re agitur, communis est, qua de re alter alterum provocavit: quantum paret ob eam rem alteri ab altero adjudicari, alterumve alteri condemnari oportere ex fide bona, tantum alteri ab altero adjudica tantique alterum alteri condemna, s. n. p. a.* (*judicium divisorium duplex*, und zwar *actio communi dividundo*)[7].

Zu § 242] D. Formeln ohne Condemnatio (*praejudiciales actiones*)[8]:

10) *O. J. E. Si paret, L. Titium servum A-i esse: eum servum videri, si non paret, non videri pronuntia* (*vindicatio in servitutem*)[9].

11) *Si paret, Pamphilum liberum esse, judex eum liberum videri, s. n. p., eum liberum non videri pronuntiato* (*vindicatio in libertatem*)[10].

Ebenso konnte es sich darum handeln, ob der *Titius* ein *ingenuus* oder *libertus* (des Gegners) sei.

---

1) *jus Agerio:* über diese Wortstellung s. Voigt Bestand und hist. Entwickelung d. Servituten (1874) S. 51.

2) Eine *condemnatio praefinita s. cum taxatione* s. unten Formula sub 14 u. 28.

3) Gai. 4, 136. — 4) Gai. 4, 47.

5) d. h. als Dieb die Beschädigung abtragen, büssen. Vergl. Rudorff II. S. 350. *Fr.* 46. *de rei vind.* (6, 1).

6) Vergl. v. Bethmann-Hollweg II. S. 300.

7) Vergl. Keller Civilproc. § 40. Anm. 458, dazu Dernburg d. Compensation S. 94.

8) Vergl. v. Bethmann-Hollweg II. S. 336–9. Rudorff II. § 34.

9) wenn der Herr gegen den im factischen Zustande der Freiheit Befindlichen auftrat.

10) wenn der im factischen Zustande der Sklaverei Befindliche gegen den Herrn auftrat.

Zu § 243] E. Formel mit fingirter *legis actio*[1]:

12) *Quod N-us A-o furtum manifestum fecit paterae aureae, tum* (die Fiction:) *si ob eam rem N-um ex lege verberari itemque A-o addici*[2] *oporteret: quanti ea res fuit, tantae pecuniae judex N-um A-o condemna, s. n. p. a.*

Zu § 244] F. Formeln zu *actiones utiles* (d. h. mit entlehnter und demgemäß complicirter *intentio*):

13) *Si quem hominem A-us emit et is ei traditus est, si anno possedisset, tum si eum hominem, d. q. a., ex jure Quiritium ejus esse pareret, neque is homo A-o restituetur: quanti ea res erit, tantam pecuniam N-um A-o condemna, s. n. p. a.* (*actio in rem Publiciana*).

14) *Si paret, ope consilio Dionis Titio* (*civi Romano*) *furtum factum esse, si is civis Romanus esset, quamobrem Dionem Titio pro fure damnum decidere oporteret: quanti paret eam rem fuisse, tantae pecuniae duplum condemna* (*actio furti nec manifesti* gegen einen Peregrinen).

15) *Si ex decreto duumviri Q. Licinius eo nomine, q. d. r. a., L. Sejo damni infecti repromittere noluit, si antequam id judicium, q. d. a., factum est, Q. Licinius damni infecti eo nomine, q. d. r. a., eam stipulationem, quam is, qui Romae inter peregrinos jus dicit, in albo propositam habet, L. Sejo repromisisset, tum quidquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Sejo dare facere oporteret ex fide bona — dumtaxat Sestertium centum millia —: ejus Q. Licinium L. Sejo condemna, s. n. p. a.* (*actio damni infecti*).

„Alle diese Formeln (sub 13—15) enthalten 4 Theile: 1) die Erwähnung der Thatsache, auf welche die *actio utilis* sich wirklich gründet, insofern sie des Beweises bedarf; 2) die fingirte rechtliche oder thatsächliche Voraussetzung; 3) die hypothetische rechtliche Folgerung daraus, entsprechend der Intentio der *actio directa;* 4) die gewöhnliche Condemnatio derselben, die durch Vermittelung der beiden hypothetischen Zwischensätze an die im 1. Theil ausgedrückte thatsächliche Bedingung der *actio utilis* geknüpft wird. Die Formel enthält also regelmäßig zwei Behauptungen des Klägers, die auch den Gegenstand seines Beweises im Judicium bilden: die erste unter 1) auf eine Thatsache gerichtet, die zweite unter 3) auf ein Recht. Jene ist die wirkliche Intentio der prätorischen *actio utilis,* und diese selbst insofern *in factum concepta;* diese die entlehnte Intentio der civilen *actio directa* und deshalb *in jus concepta*"[3].

Zu § 245] G. Formeln zu *actiones in factum* (d. h. ohne eigentliche Intentio)[4]:

16) *O. J. E. Si paret, A-um a municipibus municipii Venusini fundum Cornelianum in perpetuum conduxisse; neque is fundus A-o restituetur: quanti ea res erit, tantam pecuniam municipes municipii Venusini A-o condemna, s. n. p. a.* (*actio in rem emphyteuticaria*).

---

1) Vergl. v. Bethmann-Hollweg II. S. 307. Anm. 17. Abweichend Rudorff II. S. 351.

2) s. Gai. 3, 189.

3) v. Bethmann-Hollweg II. S. 311. 312. Dazu vergl. *Lex Rubria c.* 20. Huschke Gaius S. 208 ff. und v. Keller Civilproc. § 31.

4) Keller *l. c.* § 33. 79. Rudorff II. § 50. v. Bethmann-Hollweg II. S. 313—320. Thon Zeitschr. f. Rechtsgesch. II. S. 248 ff. (Dernburg Pfandrecht I. S. 81).

17) *Si paret, A-um a N-o superficiem in perpetuum conduxisse, neque is fundus etc.* (*actio in rem de superficie*).

18) *Si paret, eam rem, q. d. a., ab eo, cujus in bonis tum fuit, ob pecuniam promissam* (*s. numeratam, debitam*) *A-o pignori obligatam, et neque eam pecuniam solutam, neque eo nomine satisfactum esse, neque per A-um stare, quominus solvatur satisve fiat, nisi arbitratu tuo N-us A-o restituet: quanti ea res erit, tantam pecuniam N-um A-o condemna, s. n. p. a.* (*actio quasi Serviana s. hypothecaria*).

19) *Quantae pecuniae paret A-i interesse, hominem, q. d. a., sibi exhiberi, tantae pecuniae, si is homo penes N-um est, dolove N-i factum est, quominus esset, neque arbitratu tuo A-o exhibebitur, N-um A-o condemna, s. n. p. a.* (*actio ad exhibendum*).

20) *Si paret, N-um A-o decem millia Sest. soluturum se constituisse, eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse, et eum, qui constituit, neque solvisse, neque fecisse, neque per A-um stetisse, quominus fieret, quod constitutum est: quanti ea res erit, tantam pecuniam etc.* (*actio de pecunia constituta*).

21) *Licinius, Sempronius, Titinius recuperatores sunto. Si paret A-um patronum a N-o liberto contra edictum Cornelii praetoris in jus vocatum esse: recuperatores, N-um libertum A-o patrono Sestertium quinquaginta millia* (*50 aureos*) *condemnate, s. n. p. a.* (reine Pönalklage *propter in jus vocationem patroni*).

22) *Si paret, dolo malo N-i factum esse, ut A-us fundum Cornelianum Titio* (oder auch: *N-o*) *mancipio daret* (u. dergleichen), *nisi arbitratu tuo N-us A-o rem restituet: quanti ea res erit, N-um A-o condemna, s. n. p. a.* (*actio de dolo*, als Beispiel einer reipersecutorischen Klage *ex delicto*).

23) *L. S. T. recuperatores sunto. Quantae pecuniae paret dolo malo familiae N-i hominibus armatis coactisque damnum datum esse A-i — dumtaxat Sest. tot millium —: tantae pecuniae quadruplum recuperatores N-um A-o condemnate, s. n. p. a.* (*actio de vi hominibus armatis coactisve*, später *actio bonorum raptorum* genannt: als Beispiel einer *actio mixta*).

24) *Si paret, metus causa factum esse, ut A-us fundum Cornelianum Titio mancipio daret, nisi arbitratu tuo N-us A-o rem restituat: quanti ea res erit, quadruplum N-um A-o condemna, s. n. p. a.* (*actio in rem scripta*, nämlich *quod metus causa*, als zweites Beispiel).

Zu § 250] H. Formeln mit *exceptio:*

25) *O. J. E. Si paret illam rem, q. d. a., ex jure Quiritium A-i esse, extra quam si ea res N-o ususfructus nomine tradita est, nisi eam rem N-us A-o arbitratu tuo restituet: quanti ea res erit, N-um A-o condemna, si n. p. a.* (*rei vindicatio*).

26) *Si quem hominem A-us emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, d. q. a., ex jure Quiritium A-i esse pareret, extra quam si is homo, q. d. a., N-i est ex jure Quiritium, nisi eam rem etc.* (wie vorher: *actio in rem Publiciana*).

27) *Si paret, N-um A-o decem millia Sest. dare oportere: N-um A-o, si ea res judicata non est, Sestertium decem millia condemna, s. n. p. a.* (*condictio ex mutuo*).

Zu § 252] I. Formeln mit *exceptio, replicatio* und bez. mit *duplicatio.*

28) *O. J. E. Si paret, illum equum, q. d. a., ex jure Quiritium Agerii esse, si non eum equum Agerius N-o vendidit ac tradidit, aut si in ea emtione venditione dolo malo a N-o factum est (nisi arbitratu tuo restituet): quanti ea res erit etc.*

Kläger stellt die *rei vindicatio* an, Beklagter wendet die *exceptio rei venditae et traditae* ein[1], und Kläger replicirt, daß Beklagter *dolo malo* gehandelt habe, indem er ihn, den Kläger, durch falsche Vorspiegelungen (z. B. das Pferd sei alt oder fehlerhaft) zu dem Verkauf verleitete.

29) *O. J. E. Si quem hominem A-us emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, q. d. a., ejus esse ex jure Quiritium pareret*[2]*, si non ille homo N-i est ex jure Quiritium, aut si N-us eum hominem A-o vendidit ac tradidit (nisi arbitratu etc.)*

Kläger stellt die Publicianische Klage an, Beklagter wendet die *exceptio justi dominii* ein, indem er anführt, daß er neuerdings Erbe des Eigenthümers und dadurch Eigenthümer des Sklaven geworden sei, und Kläger replicirt, daß, obschon Beklagter damals, als er den Sklaven an ihn, Klägern, verkaufte, noch nicht Eigenthümer des Sklaven gewesen, doch auch jetzt den damaligen Verkauf (als von ihm selbst eingegangenen) gelten lassen müsse (*replica rei venditae et traditae*)[3].

30) *O. J. E. Si paret, Stichum Negidii servum ab eo tabernae praepositum, si liber esset, Agerio X milia dare oportere, si N-us A-o non denuntiaverit, ne illi servo crederet, aut si in ea re dolo malo N-i factum est vel fit, neque ea res judicata est: ejus N-um A-o condemna etc.*[4]

Kläger führt an, ihm seien von dem Sklaven des Beklagten, welcher denselben als *institor* seinem Handlungsgeschäft vorgesetzt hatte, 10,000 Sesterzen als Preis für erkauften Wein versprochen worden, und verlangt nun mit der *actio institoria* vom Beklagten als Herrn des Sklaven jene Summe. Beklagter excipirt, er habe dem Kläger ausdrücklich untersagt, dem Sklaven zu creditiren (Waare auf Credit zu verkaufen). Kläger replicirt, der gekaufte Wein sei vom Sklaven in den Weinkeller des Beklagten gebracht worden und diesem zu Gute gekommen (*in rem versio*), und folglich handle Beklagter dolos, wenn er jetzt unter Berufung auf jene Untersagung die Bezahlung des Weins ablehne. Beklagter duplicirt endlich, über die Frage der *in rem versio* sei bereits in einem Processe verhandelt und durch *res judicata* verneint worden, daß *in rem versio* erfolgt sei[5].

---

1) Die unter den Gesichtspunkt der *exceptio doli generalis* (*s. praesentis*) fällt. Vergl. Cursus § 492. Abs. 1. u. § 519. Abs. 2.

2) Vergl. oben No. 13.

3) Vergl. den 3 Mal in den Digesten erwähnten Fall in *fr.* 72. *de rei vind.* (6, 1), *fr.* 2. *de exc. rei vend.* (21, 3) und *fr.* 4. § 32. *de doli exc.* (44, 4).

4) *fr.* 17. § 4. *de inst. act.* (14, 3).

5) Andere Beispiele lassen sich aus *fr.* 3. *de pign. act.* (13, 7), *fr.* 17. § 1. *ad Sct. Vellej.* (16, 1), *fr.* 12. *pr. qui potiores* (20, 4), *fr.* 7. § 2. *de curator. fur. dand.* (27, 10) formiren. Vergl. auch Keller Civilpr. § 87.

# Vierte Periode.

# Der Orbis Romanus.

**(Von Aufrichtung des Principats bis zum Erlöschen der klassischen Jurisprudenz.)**

**1—250 n. Chr.**

---

## XXXIII. Kapitel.

## I. Die Reichsverfassung.

(Zu § 277—295.)

### I.

### Uebersicht dieser Periode.

Nachdem Aegypten dem Reiche einverleibt worden, schien das die Hauptstadt umgebende Gefüge unterthäniger Länder geschlossen. Rom bildete den Mittelpunkt des geeinten civilisirten Erdkreises, und alle Werke des Friedens fanden hier um so sichrer ihren Centralpunkt, je weiter die Reichsperipherie hinausgerückt war. Nur nach der Donau hin im germanischen und pannonischen Norden gab es offene Stellen des Angriffs. Hier eine Sicherheit für das Reich zu schaffen, war daher seit Augustus ein Hauptaugenmerk der Imperatoren [1]. Rom's Name, der Schrecken aller Völker, bildete hier fast die einzige Schutzwehr, und von hier aus drohte daher Rom die erste Gefahr, als die Energie seiner Bürger erschlaffte. Jahrhunderte lang waren die Germanen im Norden, wie die Parther im fernen Osten, die gefürchteten Reichsfeinde [2].

Was im Laufe der vorigen Periode erobert und gewonnen worden, das galt es nun zum dauernden Besitzthum zu machen und demgemäß zu gestalten. So sind die ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit im Wesentlichen von der Aufgabe des Bewahrens und Erhaltens erfüllt. Man wird es auf allen Gebieten des Lebens gewahr, daß die Zeit der schöpferischen Triebkraft vorüber ist; auch die neuen Provinzen, welche dem Reiche noch hinzugefügt wurden [3], sollten dasselbe nicht sowohl erweitern, als vielmehr sichern [4]. Was Alexander d. Gr. nach dem Maße seiner Zeit auf einen Augenblick erreicht zu haben schien, und was dem Pyrrhos bei seinem Feldzuge nach Italien dereinst vorgeschwebt hatte, das war jetzt in Augustus' Weltmonarchie dauernd hergestellt.

Je breiter die Basis des ungeheuren Völkerbauwerks war, an dessen Ausbau gearbeitet wurde, um so mehr mußte es Bedürfniß werden, die Spitze energisch zusammenzufassen. So erhielt sich die monarchische Tendenz nicht nur, sie befestigte sich immer mehr trotz allen gewaltsamen Wechsels der

---

1) Hoeck Röm. Gesch. v. Verfall d. Republ. bis z. Vollend. d. Monarchie unter Constantin (1841—1850) I. 1. S. 384.

2) *Ulp. in fr.* 24. 27. *de captiv.* (49, 15): *hostes, puta Germani et Parthi.*

3) ausser den durch August eingerichteten: *Cappadocia* 17 n. Chr., *Numidia* 39, *Mauretania* 42, *Britannia* 43, *Thracia* 46, *Pontus* 63, *Commagene* 73, *Arabia* 105, *Dacia* 106, *Armenia*, *Mesopotamia* und *Assyria* 115.

4) Marquardt Röm. Alterth. III. 1. S. 288.

persönlichen Träger. Das Imperatorenthum war ein sociales Institut, und die Erhabenheit der Imperatoren ward das religiöse Dogma einer Zeit, welche alles positiven Götterglaubens baar und losgerissen von lebendigen Nationaltraditionen den leeren Jupitersthron zu besetzen hatte. Es war nur die letzte und allgemeinste Consequenz der heidnischen Religionen, welche die Gottheit nach dem Menschen formten, daß schließlich selbst ein Mensch zum Gott erklärt ward. Schon unter Augustus begann das *jus sacrum* ein Monopol des Imperator zu werden. Er bestimmte Ansehn und Geltung der Bücher, in denen Weissagungen und Deutungen von Wundererscheinungen enthalten waren; er entschied, wann in den Sibyllinischen Büchern zu forschen sei und gab selbst deren authentische Deutung. Ulpian sagt von dem in der *lex Julia majestatis* aufgestellten Verbrechensbegriff des *crimen majestatis: proximum sacrilegio crimen est*[1]. Caligula schon will seine Bildsäule im Tempel zu Jerusalem aufstellen; Domitian läßt sich gar zum Gott, Commodus (bescheidner) zum *Hercules* ernennen; allen Kaisern ward nach ihrem Ableben Divinität zugesprochen. Prägnanter Ausdruck dieses Zugs der Zeit ist der *Ordo Augustalium*, welcher für den Kaiserkult im ganzen Reiche Sorge trug, ein antiker Jesuitenorden. Der Cultus der politischen Macht ward die Religion dieser Zeit.

Im Glanze der neuen Centralsonne, die, je greller sie leuchtete, um so deutlicher den entfernten barbarischen Völkern war, verschwammen allmählich die Unterschiede Rom's und Italiens, Italiens und der Provinzen, der Römer und Griechen, der Barbaren und Halbbarbaren[2]. Alles was neuen Datums war und sich im Gegensatz zu nationalrömischer Art zu entwickeln anfing, gruppirte sich um das Imperatorenthum wie um einen Krystallisationskern und gedieh, indem es dasselbe tragen und stützen half, zugleich unter seinem Schutze. Die Götter der Heiden waren die Genien der Nationalitäten: darum, als die röm. Herrschaft die vielen verschiedenen Nationalitäten in ihren Umkreis aufnahm, mußte Rom sich auch den fremden Nationalculten erschließen, und durch die eindringenden Geister aller aufgenommenen Völker selbst umgewandelt, fand es im Kaisercultus den dem Geiste der Zeit angemessenen Ausdruck einer neuen Weltanschauung und einer neuen socialen Constellation. Wie einst der Jupiter Capitolinus in der röm. Nation allgegenwärtig galt, so war jetzt der erhabene Imperator durch seine Beamten, seine Legionen und durch das Kaiserbild auf den allerwärts umlaufenden Reichsmünzen gegenwärtig im ganzen Reiche. Das Kaiserthum war Ausdruck und Unterpfand der Reichseinheit.

Die civilisirte Welt hatte bis dahin noch keine solche großartige Ordnung des Verkehrslebens gesehen, wie sie jetzt im Frieden des Kaiserthums geschaffen und gesichert ward. Augustus und Tiberius waren kräftige Imperatoren; in ganzen Ländern, z. B. in Spanien, begann die eigentliche Civilisation erst mit Augustus; die Herrscherreihe von Vespasian an bis Severus Alexander (69—235) enthält fast lauter tüchtige, zum Theil ausgezeichnete Regenten: wir nehmen nur Domitian, Commodus, Caracalla und Heliogabalus aus, und bis auf die Zeit des Gallienus und der s. g. 30 Tyrannen (259) genoß das Reich im Großen und Ganzen einer Ruhe, die unerhört war; die Palastrevolutionen und Auflehnungen einzelner Legionen vermochten nicht, die

1) *fr. 1. ad leg. Jul. maj.* (48, 4).
2) Hoeck I. 2. S. 259. v. Wietersheim Gesch. d. Völkerwanderung (1859. 1860) I. S. 52 ff.

gewonnene Stetigkeit und die kosmopolitische Feier des antiken Nachsommers zu stören.

Gleichsam als Symbol dieser Einheit und Ordnung des ungeheueren Ländergebiets stand mitten auf dem *Forum Romanum* jener von Augustus errichtete Meilenzeiger (*aureum miliarum*), von welchem aus alle Militärstraßen durch das ganze Gebiet sich erstreckten[1], und mit diesem System der Reichsstraßen verband sich auf's Engste die neue und kunstreiche Ordnung der Reichsposten mit ihren *mutationes* und *mansiones* zum Wechsel der Eilboten, Pferde und Wagen und zur Wahl des Nachtlagers: zunächst für Staatszwecke errichtet, aber bald zu einem allgemeineren Communicationsmittel ausgebildet, indem die Benutzung der Anstalt auch Privatleuten gestattet ward; auf diese Weise wurde z. B. der 150 geographische Meilen betragende Weg von Antiochien bis Konstantinopel in kaum 6 Tagen zurückgelegt[2]. Die von Cäsar begonnene Reichsvermessung war von August vollendet worden; Agrippa's großes geographisches Werk (*Commentarii*), woraus Plinius mehrfach seine Ländermaße entnommen hat, war wohl großentheils auf diese Vermessung gegründet[3].

Alles das kam dem Handelsverkehr im Großen zu Statten. Rom selbst war keine eigentliche Handelsstadt; der Handelsbetrieb, selbst der größere, galt für Senatoren unanständig und kaum für Ritter zulässig, nur das große Bankiergeschäft war von der Ehrenrührigkeit ausgeschlossen[4]; wer Handelsgeschäfte im Großen treiben wollte, ließ sich in den Provinzen nieder. Auch, je mehr die Bewohnerschaft Italiens sich dem Luxus im großen Styl ergab, um so weniger konnte dieses productiv seyn[5], und um so mehr machte jene sich wirthschaftlich abhängig vom Auslande und erwartete von den Provinzialen die gewerbsmäßige Zufuhr des riesenhaften Bedarfs. Rom's Verkehr mit der Fremde war fast ausschließlich Passivhandel[6]. Von hervorragender Wichtigkeit erwiesen sich in dieser Beziehung für Rom das cisalpinische Gallien, Spanien und Sicilien, Rom's Vorrathskammer; Griechenland und Asien lieferten großentheils nur Luxussachen, Marmor und Leckerbissen; Alexandrien aber war der Hauptstapelplatz für arabische und indische Waaren[7]. So ward die Betriebsamkeit der Provinzialen eine Quelle des Wohlstandes für viele außeritalische Städte, und die Provinzen empfingen die Summen zurück, welche sie ihrer Gebieterin als Tribut zu zahlen hatten[8].

Die civilisirte Welt gewann durch das Zusammenströmen fremder Händler aus allen Weltgegenden eine Um- und Uebersicht in der Länder- und Völkerkunde, wie sie bis dahin überhaupt unmöglich gewesen war, und griechische Literaten wußten, wie Strabo beweist, das in der Metropole gesammelte geographische Material wissenschaftlich zu behandeln. Die Entdeckungsreise des Aelius Gallus begann einiges Licht über das Innere Arabiens zu verbreiten, und der Zug des Gaius Caesar, des Adoptivsohns August's, in den Orient i. J. 1. veranlaßte die Beschreibungen jener Länderstriche durch den Geographen Dionysios und den König Juba[9]. Die Wanderung Hadrian's durch

1) *Dio C.* 54, 8; *Sueton. Aug.* 30.
2) *Sueton. Octav.* 49; *Plut. Galb.* 8; *Plin. H. N.* 2, 45; *Liban. Orat.* 22.
3) Marquardt III. 1. S. 303—305. Hoeck I. 1. S. 386. I. 2. S. 262—4. 394. Voigt *jus naturale* II. S. 459. — 4) *Cic. de offic.* 1, 42; *Liv.* 23, 63.
5) *Tacit. Annal.* 3, 53. 54. *Plin. H. N.* 11, 97.
6) Hoeck I. 2. S. 274. 289. Voigt II. S. 549—602.
7) *Strabo* 16. *p.* 781; 17. *p.* 798. 818. *Dio.* 51, 18.
8) Hoeck I. 2. S. 290. Walter R. Rechtsgesch. I. § 345.
9) Hoeck I. 2. S. 48. 359.

alle Haupttheile seines Reiches zeigt uns nicht bloß den ämsigen und humanen Regenten, sondern auch die Ausbreitung des geflochtenen Culturnetzes, von welchem die vielgliedrige und doch auch Allen leicht zugängliche Ländermasse umspannt ward. Man kann in der That von einem blühenden Zustand der (meisten) Provinzen während des 1. u. 2. Jahrh. n. Chr. reden; der Nutzen der Ordnung überwog den Druck der Steuerlast.

Der republikanische Sinn, welcher das Gemeinwesen im einzelnen Bürger lebendig und zu einem Stück seines eigenen Wesens machte, war in rascher Abnahme begriffen. „In demselben Maß, wie die Theilnahme am öffentlichen Leben schwand, wandte sich der Römer den Privatverhältnissen zu, und hier machte sich nun ein Egoismus geltend, dessen Ziel ein allseitiges Genußleben war. Diese Richtung war um so gefährlicher, da schon ein paar Jahrhunderte die alten röm. Tugenden untergraben und das Leben auf eine Weise umgestaltet hatten, daß endlich die Bürgerkriege mit ihren Folgen ihm allen moralischen Halt nehmen konnten. Das Verderben hatte alle Classen und Stände der Römer durchdrungen: wer die Zeiten des Nero nicht kennt, möchte schon zu Anfang der Monarchie die sittliche Entartung auf der höchsten Stufe wähnen“[1].

Wo aber der Gemeinsinn der Einzelnen nicht mehr wachte, mußten die Organe des Staats sich der öffentlichen Interessen annehmen. So bildete sich in Rom ein sorgfältiges Polizeiwesen aus, um die Sicherheit, Ruhe und Ordnung des äußeren Zusammenlebens präventiv und correctionell zu garantiren. Die durch Augustus zunächst für die Stadt Rom organisirte Straßen-, Feuer-, Gewässer- und Baupolizei[2] konnte, wie das schon Caesar in der *lex Julia municipalis* sich gedacht haben soll[3], allen Städten Italiens und der Provinzen zum Muster dienen, und Rom's Beispiel war immer von Einfluß bis in die fernsten Gegenden.

Alle diese Einrichtungen nahmen die Finanzen des Staats gewaltig in Anspruch, aber anderseits wuchs das Staatseinkommen beträchtlich durch Vermehrung der Zölle, eifrigeren Betrieb der Bergwerke und allgemeine Vervollkommnung des Finanzwesens[4], wodurch mehr als bisher verhütet wurde, daß die Staatspächter (*Publicani*) sich auf Kosten des Staatsschatzes bereicherten. So war die Staatsausgabe und Einnahme seit dem Untergange der Republik fortwährend im Steigen; zur Zeit Vespasians nahm die Erhaltung der Staatsmaschine, nach der eigenen Angabe dieses Kaisers, die Summe von 600 Mill. Mark in Anspruch[5].

Mit dem Wachsthum des öffentlichen Budgets hielt das Steigen des Privatreichthums der vornehmen Römer Schritt. Tiberius sammelte im Laufe seiner Regierung die Summe von 400 Millionen Mark[6]; bei Plinius lesen wir, daß ein gewisser Isidorus 4116 Sklaven, 3600 Joch Ochsen, 257,000 Schafe und über 15 Millionen Mark baar hinterließ[7]. Die seit Augustus Mode werdenden Prachtbauten vieler Privaten und verschwenderische Liebhabereien aller Art, von denen uns erzählt wird, geben Zeugniß von dem colossalen Maßstab, nach welchem damals Wohlhabenheit und Reichthum gemessen wurden. Das gesellige Leben belud sich mit massenhaften Bedürfnissen und überreizte sich in verfeinerten Gewohnheiten. Zahllose neue wirthschaftliche Berufs-

---

1) Hoeck I. 2. S. 333. — 2) Hoeck I. 2. S. 145–8. — 3) s. oben S. 227 a. E.
4) v. Wietersheim I. S. 65 ff. — 5) *Sueton. Vespas.* 16. — 6) *Sueton. Caligula* 37.
7) *Plin. hist. natur.* 33, 11. Vergl. auch *Dio* 48, 36; 16, 34; *Seneca de benef.* 2, 27; *Tac. Annal.* 12, 53; 13, 42.

zweige thaten sich auf, und die Bestrebungen eines bald eleganten, bald massiven Materialismus flochten ein wundersames Netzwerk egoistischer Interessen um den *Orbis Romanus*. Die Natur und die Menschheit schienen nichts mehr zu leisten, was nicht dem reichen Römer völlig und jederzeit zu Gebote stand: die politische Weltherrschaft erwies sich in der Kaiserzeit zugleich als eine ökonomische Universalmacht.

Aber unter den wuchernden Prachtblüten that sich ein gefährlicher, anfangs verborgener Abgrund auf. Zu den gefährlichsten Luxuserscheinungen der neuen Zeit gehörte die Bildung von Latifundien in Italien. Infolge der zahlreichen Proscriptionen und Aussendungen von Militärcolonien gerieth der kleine Grundbesitz in ungewöhnliche Bewegung, reiche Speculanten legten ihr Geld in zusammengekauften Ländereien an, und der Landwirthschaftsbetrieb mit Sklavenmassen richtete sich in das entsprechende System ein, welches dann schwer einzuschränken und nicht mehr zu beseitigen war[1]. Der eingeborne freie Landmann verschwand, und zwischen den künstlichen Wein- und Oelpflanzungen begannen weite Einöden sich zu bilden[2].

Auf dem Marsfelde zu Rom erwuchs durch Augustus aus Tempeln, Hallen und anderen öffentlichen Gebäuden für Staatszwecke und zur Belustigung des Volks eine neue Stadt von Prachtwerken, und der Imperator konnte sich rühmen, eine Ziegelstadt habe er vorgefunden und eine Marmorstadt verlasse er[3]. Auf der Grundlage der Baukunst schien auch die Sculptur und Malerei zu neuem Leben zu erwachen. In allen Städten des weiten Reichs erhoben sich Tempel, Hallen, Wasserleitungen, Bäder, Amphitheater und Brücken; die Zeit unter Hadrian und den Antoninen erschien Vielen eine Erneuerung, ja Steigerung der Herrlichkeiten der classischen Antike, welche nun nicht mehr auf eine Anzahl kleinbürgerlicher Gemeinwesen beschränkt, sondern Gemeingut des Erdkreises geworden waren. Der mit kosmopolitischen Motiven erfüllte künstlerische Genius von Hellas stellte sich dem weltbeherrschenden Volke und einem glanzsüchtigen Geschlechte zur Verfügung, und was an idealem Schwunge abging, ward durch die Fülle der Mittel und Großartigkeit der Dimensionen zu ersetzen gesucht[4]. Der Sinn für schöne Behaglichkeit verbreitete sich über alle Städte und in die meisten Häuser, unter Rom's Schutz ward die griechische Kunst eine Errungenschaft für alle friedlichen Völker, und selbst auf die benachbarten Barbaren schäumte der Ueberfluß an geschmackvollen Erzeugnissen der Kunstgewerbe hinüber.

Auch die Literatur war bisher bei den Römern nur wie ein Luxusgarten gewesen. Jetzt, wo aller Luxus gedieh, und der Sinn für die Raffinements des geistigen und körperlichen Lebens allgemein ward, entfaltete sich, unterstützt durch den Anwachs reichhaltiger Bücherschätze in der Hauptstadt, die poetische und rhetorische, historiographische und philosophische, agronomische und militärische Literatur zum breiten und vollen Strome. Die griechische Sprache war schon längst eines der wichtigsten allgemeinen Verkehrsmittel, und jeder gebildete Römer, Gallier, Spanier ging direct oder indirect bei Homer in die Schule[5]. Jetzt machte sich daneben auch die Sprache Latium's zum allgemeinen Organ der Mittheilung[6]; mit der Kraft des Ausdrucks, welche namentlich von den großen Meistern der Jurisprudenz pietät-

1) *Senec. de benef.* 7, 10; *Epist.* 95; *Plin. H. N.* 33, 10.
2) Hoeck I. 2. S. 125–8. — 3) *Sueton. Octav.* 29.
4) Burckhardt d. Zeit Constantins d. Gr. (1853) S. 305.
5) Vergl. *Sabinus* in *fr.* 1. *de contr. emt.* (18, 1). — 6) *Plin. hist. natur.* 3, 6.

voll bewahrt wurde, verband sich die dem Hellenismus abgelauschte Feinheit, Geschmeidigkeit und Fülle der Diction. Zur Landessprache erhob sich die lateinische Sprache allerdings nur in den westlichen Provinzen, aber verstanden ward sie am Euphrat und Nil. In den Edicten und Rescripten der Principes ward je nach Bedürfniß der Länder die lateinische und griechische Sprache angewendet [1]. Ulpian bestätigt, daß Latein und Griechisch die beiden officiellen Reichssprachen der damaligen Zeit waren [2].

„In demselben Grade, wie der röm. Patriotismus sank, trat der nationale Karakter in den Schriftwerken zurück; das Principat verlieh der röm. Literatur, wie dem röm. Volke, einen universellen Typus.“ Da nun Beredtsamkeit und Geschichtschreibung nur vom Patriotismus genährt gedeihen, so sehen wir diese, die unter Cäsar und Augustus in voller Blüte standen, gar bald im raschen Verfall. „Die historische Wahrheit ward in der Zeitgeschichte durch das Geheimhalten der Senatsbeschlüsse verkümmert [3], und der Unbefangenheit stand die Rücksicht auf die Principes im Wege [4]. Dagegen ward jetzt der Dichtkunst ihre volle Ehre und oft reichlicher Lohn. Am üppigsten erblühte unter den Sonnenstrahlen des Hellenismus, welcher sich besonders in der Alexandrinischen Schule organisirte, die Lyrik; das eigenthümlichste Gewächs des röm. Geistes aber ist die Satire: das Interesse an den sarkastischen Zeitschilderungen mußte den Mangel einer volksthümlichen Comödie ausgleichen. Das Drama ging seit August seinem Verfall entgegen. Seine Stelle nahm gleichsam der Pantomimus ein, dessen erste Ausbildung unter Augustus fiel; er kam der Lüsternheit der Zeit willig entgegen [5] und artete im Laufe der nächsten Jahrhunderte in ein solches Schandspiel aus, daß in nichts so, wie hier, die bodenlose Sittenverwilderung der Zeit zu Tage trat“ [6].

Von den philosophischen Schulen waren es die stoische und die epicurische, welche die meisten Anhänger unter den Römern zählte. Die erstere war die dem römischen Nationalgeist angemessenste, und daß die letztere vorzuwalten begann, beweist, wie dünn das ächte Römerblut geworden, welches in dem vergrößerten Körper der Bürgerschaft floß [7].

Das Römerthum hatte sich im Laufe eines Jahrhunderts völlig umgestaltet, die Römer waren nicht bloß in ihren Anschauungen, sondern auch in ihren Volksbestandtheilen ein Weltvolk geworden [8]. In den Comitien stimmten Männer, welche von Abstammung Gallier, Hispanier, Afrikaner, Orientalen waren; der Ritterstand und selbst der Senat recrutirte sich indirect aus Hellenen und anderen Peregrinen; die Fruchtbarkeit der altröm. Familien schwand in der Ehe- und Zuchtlosigkeit der Zeit, und der Luxus der Massenfreilassungen bevölkerte Italien mit gesinnungslosen Emporkömmlingen und anspruchsvollen Proletariern. „Die meisten Inschriften von Grabmälern, die wir haben, sind vom Ende des 1. bis in die Mitte des 3. Jahrh., auf allen aber ist das Andenken der Freigelassenen vorherrschend: auf Einen Ingenuus kommen vielleicht zehn Freigelassene“ [9].

---

1) **W. A. Schmidt** Geschichte d. Denk- und Glaubensfreiheit i. 1. Jahrh. d. Kaiserherrschaft (1847) S. 109. 122. 151. **Hoeck** I. 2. S. 269. **Rudorff** Rechtsgesch. I. § 55. S. 133 u. § 58. Anm. 5. **Mommsen** R. Gesch. II. S. 417. — 2) *fr.* 11. § 3. *de inst. act.* (14, 3).

3) *Suet. Oct.* 36; *Dio* 53, 19. — 4) *Tac. Ann.* 4, 34; *Hist.* 1, 1; *Suet. Tiber.* 61; *Dio* 57, 24.

5) *Tac. Ann.* 14, 21; *Dio* 54, 17. — 6) *Zosim.* 1, 6

7) **Drumann** Röm. Gesch. IV. (1838) S. 299. **W. A. Schmidt** S. 213. 223. 231. 325 ff. 351. 404. **Hoeck** I. 2. S. 341 ff. I. 3. S. 187.

8) **Bremer** die Rechtslehrer und Rechtsschulen i. Röm. Kaiserreich (1868) S. 73—75.

9) **Niebuhr** Vorträge üb. röm. Gesch. (*ed. Isler* 1848) III. S. 278. **Hoeck** I. 2. S. 284. 310. **Mommsen** R. Gesch. II. S. 416.

In allen Theilen des Reichs wurden auswandernde Römer ansässig und vermehrten den Rapport der Provinzen mit Italien. Um dem Proletariat einen Abzug zu eröffnen, wurden namentlich seit Cäsar Colonien außerhalb Italiens gegründet; die verpflanzten Bürger (oft ganze Veteranenlegionen) verschmolzen allmählich mit den Landeseinwohnern und förderten die universalistische Entwickelung des Römerthums. Solche Uebersiedlungen wurden durch Augustus namentlich in Hispanien und Afrika bewirkt (z. B. massenhaft im Jahre 15 v. Chr.)[1], und das hellenisirte Asien erfüllte sich im Laufe der ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit mit röm. Pflanzstädten[2].

Die röm. Ansiedler hatten nicht bloß die provinziale Bodensteuer zu zahlen, sondern blieben, wie sie immer noch zu ihrer ursprünglichen Tribus gerechnet wurden und in dieser zu Rom stimmen konnten, so auch dem quiritarischen Census unterworfen. So ist erklärlich, daß, obwohl über Entvölkerung Italiens geklagt wurde, doch der Reichscensus eine hohe Bürgerzahl auswies. Der republikanische Census hatte immer nur die Bürger auf italischem Boden umfaßt, seit Augustus wurde die Zahl sämmtlicher Bürger im Reiche beim Lustrum zu Rom verkündigt. Es ergab sich zu seiner Zeit die Summe von über 4 Millionen streitbarer Bürger (*Juniores*), wonach[3] etwa 17 Millionen im Ganzen anzunehmen sind[4]. Auf Grund des unter Claudius (i. J. 45 n. Chr.) abgehaltenen Census, welcher fast 7 Millionen streitbarer Bürger ergab, berechnete Gibbon[5] die Gesammtzahl der Bürger nebst Familien auf 20 Millionen Köpfe.

Schwieriger ist es, die Bevölkerungsziffer sämmtlicher (auch der peregrinischen) Reichseinwohner zu berechnen. Nach Gibbon soll zur Zeit des Claudius die freie Provinzialbevölkerung (außer den Bürgern) sich auf 40 Millionen, die Zahl der sämmtlichen Sklaven auf 60 Millionen gestellt haben, wonach die Gesammtzahl von 120 Millionen Reichseinwohnern herauskommen würde[6]. Nach anderen Berechnungen war das röm. Reich vor Trajan 103—109,000 Quadratmeilen groß, und zählte mindestens 88—97 Millionen Bewohner. Die Einwohnerzahl der Stadt Rom allein mag etwa 1½ Millionen Köpfe betragen haben[7].

Der naturwüchsige Proceß ständischer Gliederung konnte in solchen Zeiten alternden Volksthums nicht mehr gedeihen; Nivellirung machte sich auch hier geltend. Der alte am Ende der Republik auf 50 Familien zusammengeschmolzene Patricierstand wurde zwar wegen der patricischen Priesterwürden von den Kaisern durch Hinzuwahlen ergänzt, blieb aber ein mattes Glied am Gesellschaftskörper und erlosch endlich in Constantin's Zeit völlig[8]. Selbst die Magistratur, welche in der vorigen Periode eine Quelle neuer Ständebildung gewesen, konnte bei ihrer jetzigen Kraftlosigkeit nicht mehr dasselbe wirken. Es war vornehmlich der Unterschied von Reich und Arm, welcher maßgebend ward, aber es liegt in der Natur der Verhältnisse, daß dieser Unterschied stets fließend ist und daher keine stehenden socialen Ordnungen im Gefolge haben kann.

---

1) *Dio Cass.* 54, 23; *Monum. Ancyr. p.* 176. *l.* 34 — 2) Hoeck I. 2. S. 125. 226.

3) da diese nach gewöhnlicher Rechnung ungefähr den 4. Theil der gesammten Zahl bürgerlicher Köpfe ausmachten.

4) *Monum. Ancyranum p.* 173; *Euseb. Arm. ed. Ven.* 1818. *p.* 257; *Dio* 53, 1; *Suet. Oct.* 27. Vergl. Hoeck I. 1. S. 328. I. 2. S. 129. 410.

5) Gesch. Rom's, Cap. 2.

6) Neues schweizer. Museum (Zeitschr. f. d. humanist. Studien Bern 1861) I. S. 39.

7) v. Wietersheim I. S. 169 ff. 243 ff.

8) *Dion.* 1, 85; *Dio* 52, 42; *Tac. Ann.* 11, 25; *Gell.* 10, 20.

Die Standesunterschiede wurden allmählich Rangstufen. Dies gilt auch von dem Stand der Senatoren, welcher seit Augustus besonders begünstigt noch am meisten dazu angethan schien, einen selbständigen, dem alten nationalen Patricierthum oder der Nobilität analogen, socialen Körper darzustellen. Durch Sanctionirung und Erhöhung der persönlichen Vorrechte und Abzeichen hob sich der Senatorenstand ab von der Volksmasse; durch Feststellung des hohen Senatorencensus von 1 Million Sesterzen wurde der *Ordo senatorius*, unter welchem in der Republik nur der Senat selbst verstanden worden, zu einem eigentlichen Stand. Die höheren Kaiserbeamten wurden fast nur aus den Senatoren entnommen. Dem Senat stand die Cognition über die Capitalsachen der Senatoren, ihrer Frauen und Kinder zu[1], und die Söhne, welche in der Republik noch dem Ritterstande beigezählt worden, nahmen nun Theil an der senatorischen Dignität ihrer Väter; ja zu Ulpian's Zeit wurde diese Dignität auf die entfernteren Nachkommen im Mannsstamm erstreckt[2], so daß nun der Rang sich zu einem Geburtsstand und Erbadel umzugestalten anfing[3].

Zwischen den Senatoren und dem gemeinen Volke der Handwerker und Handarbeiter, denen wegen der concurrirenden Sklavenarbeit jeder standesmäßige Aufschwung versagt war, blieb der *Ordo equester* derer, welche den Rittercensus von 400,000 Sesterzen hatten, ein ausgezeichneter Theil der Gesellschaft. Diese Ritter aber bildeten nicht mehr die Reiterei der Legionen, sondern es wurden zum Theil aus ihnen nur die Anführerstellen im Heer besetzt. Innerhalb dieses Standes erhielten sich als ein Elitecorps die vom Kaiser mit einem Staatsroß Beliehenen (*trossuli*), deren Vorrechte jedoch auf leerem Prunk beruhten. Außerdem werden noch als eine ausgezeichnete Classe reicher Bürger die *tribuni aerarii* genannt, welche das *tributum* zu erheben und den Sold zu zahlen hatten und in Bezug hierauf den Publicanen ähnlich standen[4].

Nur in Einem Punkte werden wir einen neuen Ansatz socialer Bildungen gewahr, welche nicht bloße Machwerke der Kaiser waren, sondern auf der breiten Basis neu sich bildender allgemeiner Lebensverhältnisse beruhten: das ist der Militärstand. Ursprünglich war das Militär die römische Bürgerschaft, jeder Vollbürger Soldat, und nur der Bürger Soldat im vollen Sinne gewesen. Allmählich löste sich nun der Militärstand des Reichs von der Bürgerschaft, indem 1) die nach längerem ununterbrochenen Waffendienst ehrenvoll Entlassenen (*Veterani*) mit mancherlei Privilegien ausgestattet wurden, und 2) viele Nichtbürger, endlich selbst Barbaren[5] in den Waffendienst des Reiches traten. Unter dem Schutze des jungen Kaiserthums bildete sich das Militär zu einem neuen Bürgerthum neben, ja über dem Römerthum aus, die stehenden Truppenkörper der Legionen wurden zu einem Volk im Volk, zu einem Staat im Staat, die stehenden Heerlager (*castra*) zu eigenen Reichsstädten, welche oft das Ansehn der röm. Metropole gefährdeten[6]. Nicht auf den entsendeten Colonien, sondern auf diesen Standlagern der Legionen beruhte fortan die militärische Sicherheit der Provinzen und Reichsgrenzen, und ihre Bedeutung für des Reiches Bestand und Ordnung gab dem Soldaten-

---

1) *Dio* 52, 31. 32; *Suet. Calig.* 2. — 2) *fr.* 10. *de senator.* (1, 9).
3) Ulpian führt in *fr.* 1. § 2. *de fugit.* (11, 4) auf: *Senatores, Milites, Pagani* (*i. e. privati*).
4) Walter R. Rechtsgesch. I. § 254. 280. 356. 357. Hoeck I. 1. S. 322. I. 2. S. 329. I. 3. S. 284. Marquardt R. Alterth. II. 3. S. 218—223.
5) *Dio* 71, 11; *Zosim.* 1, 46.
6) Hoeck I. 1. S. 330. I. 2. S. 174. 179. 215. Lamarre *de la milice Romaine* (*Par.* 1863) *p.* 391. Marquardt III. 1. S. 385 ff.

stande ein Selbstbewußtseyn, welches den Imperatoren immer neue Rücksichten abzwang, und wohl mehr als alles Andere dazu beitrug, das System der alten nationalröm. Anschauungen und Einrichtungen zu lockern und zu durchbrechen. Wir erblicken jetzt schon die Anfänge jener Rechtsentwickelung, durch welche in der nachklassischen Zeit das *jus militum* sich zu einem selbständigen und ausgezeichneten System neben dem gemeinen Recht der Privaten erhob.

Mit dem Geiste germanischer und orientalischer Völker, welcher so in den röm. Militärstand einzog, wurden zugleich die Mittel allmählich ausgebildet, deren das Kaiserthum sich bedienen mußte, um die zerbröckelnde Volkskraft des Reichs durch eine bureaukratische Maschinerie zu ersetzen. Ein despotischer Schematismus ward zur Nothwendigkeit, und die Disciplin des kaiserlichen Militärwesens bot die einzigen dafür brauchbaren Formen dar. Als nach dem Zeitalter der Antonine, diesem merkwürdigen „*tempus aureum*" der alten Welt, insbesondere seit Caracalla und Macrinus, die von den Germanen und den Parthern den Frieden erkauften, der allgemeine Verfall in hundert Symptomen zu Tage trat, schien das Reich nur noch in den Formen der ausgebildeten Militärmonarchie Zuflucht finden zu können: es war freilich wie die letzte Zuflucht im öden Grabgewölbe[1]. Das Christenthum, welches unter diesen Zuckungen des classischen Heidenthums Boden gewonnen hatte und bereits im 3. Jahrhundert seines Bestehens der Herrschaft nahe war, kam für die alten Griechen und Römer zu spät, um ihr Staatswesen zu verjüngen; aber es gehört zu den großen Verdiensten des röm. Kaiserthums, daß unter seiner Schutzordnung die jungen Kräfte der christlichen Kirche reifen konnten[2]. Während unter demselben Schutze des Reichsfriedens das antike Heidenthum sich zu seiner letzten Großthat, der Ausbildung der classischen Jurisprudenz, sammelte, brachten begabte Geister der Kirche das Evangelium in diejenigen Denkformen, wodurch sein Uebergang in das lebendige Besitzthum der jugendkräftigen germanischen Völker vorbereitet und erleichtert ward.

## II.

## Occident und Orient.

Die römische Action war während der ersten Hälfte der vorigen Periode auf Europa (und Afrika) beschränkt gewesen. Je weiter aber Rom in Asien eingriff, um so mehr zeigte sich der eigene Schwerpunkt der hellenistischen Cultur des Orients: Aegypten bildete den Schlußstein der orientalischen Reichshälfte. Während in Afrika, Spanien, Gallien und längs der Donau lateinische Sprache und Sitte die Oberhand gewannen, fand der Orient im Hellenismus das Band eines engeren Zusammenhangs, an welches er schon seit Jahrhunderten gewöhnt war, und welches durch die Herrschaft der Römer nicht zerrissen, unter ihrer Obhut vielmehr gestärkt und bewahrt wurde. So kam es, daß, als die Lebenskraft des großen Reichsorganismus

1) „Die öde Langeweile, die Mattigkeit und Geistlosigkeit, wie sie um die Mitte des 2. Jahrh. in dem s. g. goldnen Zeitalter der Antonine, in den höchsten literarischen und politischen Kreisen der Hauptstadt der Welt herrschten, sind erst durch die Correspondenz des Prinzenerziehers mit seinen Zöglingen und dem Hofe (Briefe Fronto's) in ihrem ganzen Umfange deutlich geworden, und erst aus ihr haben wir begreifen gelernt, warum diese hohl und morsch gewordene Civilisation unter dem ersten äusseren Anstoss zusammenbrach, und mit Severus, zunächst in der Form des Regiments der illyrischen und überhaupt der provinzialen Garnisonen, die Barbarisirung Italiens ihren Anfang nahm". Mommsen, Hermes VIII (1874). S. 198.

2) *Augustin. de civit. Dei* 5, 17: *Humanissime factum est, ut omnes ad romanum imperium pertinentes societatem acciperent civitatis et romani cives essent.*

zu schwinden begann, die orientalische Hemisphäre sich immer selbständiger zu Rom und dem Occident stellte.

Die ersten Regungen einer Absonderung der Osthälfte zeigten sich schon zu Sulla's Zeit: zuerst, als im Kampfe zwischen Sulla und Cinna die Partei des Ersteren in Makedonien Rückhalt suchte, und hier in Sulla's Hauptquartier sich aus den geflohenen Senatoren gleichsam ein zweiter Senat bildete[1], während das Haupt der Popularpartei nicht bloß Italien, sondern sämmtliche occidentalischen Provinzen eine Zeit lang absolut beherrschte (i. J. 87 v. Chr.). Und seltsam, gerade zu der nämlichen Zeit war es, daß der asiatische Orient sich in der Person des gewaltigen Pontischen Königs Mithridates zu seiner letzten grossen Opposition erhoben hatte. Die Aufgabe Sulla's war keine geringere, als die, die Suprematie Europa's über Asien definitiv zu besiegeln. Mithridates hatte sich der asiatischen Länder und angrenzenden Meere bemächtigt, bereits richtete er seinen Angriff auf Europa und wollte in Hellas selbst die Entscheidung herbeiführen, wo er „nicht bloß mit den Waffen, sondern zugleich mit der nationalen Propaganda“ wirkte. „Die Hellenen und die Asiaten vereinigten sich in dem Jubel, der den Befreier empfing; es ward üblich, den König, in dem, wie in dem göttlichen Indiersieger, Asien und Hellas sich abermals zusammenfanden, zu verehren unter dem Namen des neuen Dionysos“[2]. Sulla überwand den Gegner, und seitdem mußte jener asiatisch-hellenische Geist innerhalb des Reichsganzen neue Bahnen suchen; er nöthigte Rom immer neue Rücksichten ab, machte sich in Kunst und Literatur, selbst im Rechts- und Staatsleben geltend und fand endlich im dualistischen Imperatorenthum einen Ausdruck, durch welchen der Auseinanderfall des Reichs gewissermaßen eingeleitet wurde. Schon in der letzten Zeit der Republik war man so weit, „daß in der gesammten Westhälfte des röm. Staates der Denarfuß ausschließlich herrschte: denn Italien, Sicilien, Sardinien, Afrika brauchten ausschließlich röm. Silbergeld, und das in Spanien noch umlaufende Provinzialsilber, sowie die Silbermünze der Massalioten und Illyriker war wenigstens auf Denarfuß geschlagen. Anders war es im Osten. Hier, wo die Zahl der seit alter Zeit münzenden Staaten und die Masse der umlaufenden Landesmünze sehr ansehnlich war, drang der Denar nicht in größerem Umfang ein. Diese wesentliche Verschiedenheit des occidentalischen und des orientalischen Münzwesens ist von der größten geschichtlichen Bedeutung geworden: die Romanisirung der unterworfenen Länder hat in der Annahme der röm. Münze einen ihrer wichtigsten Hebel gefunden, und es ist kein Zufall, daß dasjenige, was wir in dieser Epoche als Gebiet des Denars bezeichnet haben, späterhin zu der lateinischen, dagegen das Gebiet der Drachme späterhin zu der griechischen Reichshälfte geworden ist“[3].

Unter den Juliern, Flaviern und Antoninen schien der Orient noch keine Selbständigkeitsgelüste zu nähren; dem Antoninus Philosophus, der seinen Bruder L. Verus zum Mitregenten annahm (162—165), lag der Gedanke der Reichsvertheilung noch fern. Bedeutsamer ist, daß Septimius Severus, der in Illyrien zum Kaiser ausgerufen worden, in Pescennius Niger einen in Syrien zum Kaiser ausgerufenen Gegenkaiser zu bekämpfen hatte (194), und daß seit Heliogabalus die Sitte der Mitregentschaft sich befestigte. Heliogabalus ernannte den Severus Alexander (221), dieser den Ovidius Camillus (229), Gallus dann den Hostilianus und Volusianus (251), nächstdem Valeria-

1) Mommsen R. Gesch. II. S. 321. — 2) Ders. II. S. 278—307. — 3) Ders. II. S. 407.

nus seinen Sohn Gallienus (253) zu Mitregenten. Die Diocletianische Reichsvertheilung, diese erste officielle Anerkennung des Reichsdualismus, war also nicht ohne allen Vorgang. Wie in vielen Punkten, so hatte sich auch hier im Stillen und langsam der Umbau vorbereitet, welcher in der nachclassischen Zeit mit den Formen eines neuen Baustyls hervortrat.

## III.

## Der Imperator und die Republik.

Zu § 278] A. Man blickt auf G. Gracchus zurück, um Caesar zu verstehen, — auf Sulla, um Augustus zu verstehen. Mit diesen vier Namen[1] ist die monarchische Anfangslinie im republicanischen Rom gezogen. Gracchus, Sulla und Caesar haben das gemein, daß die Thaten ihres Verfassungswerks sich der Hauptsache nach in je einem Biennium[2] zusammendrängen: merkwürdig kurz gemessene Zeitspannen für die Neugestaltung eines Freistaats, welcher anfängt, Weltstaat zu seyn, und aufhören will, Freistaat zu seyn. Was Wunder, daß keines der drei Verfassungsexperimente Wurzel schlug. Für das, was diese Männer gewollt, war die Zeit entweder zu jung oder zu alt. Erst der Vierte findet die rechte Zeit und die rechte Formel; 50 Jahre konnte August an seinem Bau arbeiten und über ihm wachen, und dieser Bau hielt nun drei Jahrhunderte; er wölbte sich wie das Firmament über der zerbröckelnden Welt der heidnischen Kultur.

Zwei Punkte können in der Operationsbasis des August unterschieden werden: 1) Rückkehr zum republikanischen Rahmen, der seit Pompejus und Caesar in Frage gestellt schien, und 2) zugleich Anknüpfung an Caesar's Erbschaft, was eine Einschränkung des republicanischen Princips bedeutete. Das war mit nichten ein Zurückgreifen auf das Cäsarische System. Während Caesar sich in der *dictatura perpetua* die constituirende Gewalt für immer zuerkennen ließ, gab August sie am 13. Januar 27 v. Chr. ausdrücklich in die Hände des Senats zurück[3]. Weder als Gott, noch als Herr (*Dominus*) wollte er angeredet seyn, weil er weder als Gott, noch als Souverän des Staats gelten, das *nomen Augusti* nicht an die Stelle des *nomen populi Romani* setzen wollte[4]. Dies zeigt einen himmelweiten Unterschied zwischen Caesar und seinem Großneffen.

Mommsen[5] hat die „außerordentlichen constituirenden Gewalten" in Rom als eine staatsrechtlich feststehende Kategorie behandelt; er sagt, es sei vielleicht das großartigste Zeugniß von der Allgewalt des Rechtsgedankens in Rom, daß jene, wie weit auch in der Zeit auseinander liegend, dennoch von einem scharf ausgeprägten Grundschema beherrscht würden. So läßt sich auch für die Magistratur innerhalb der römischen Verfassung ein Grundschema entwerfen, und, wie das Mommsen gleichfalls thut, in dieser das Principat der ersten drei Jahrhunderte unterbringen. Das Prädicat eines Princeps ebenso, wie das eines Imperator, war im Princip nicht unverträglich mit der Republik im antiken Sinne[6]. Octavian erwies sich als ächt römisches Genie,

1) Die Verfassungsbestrebungen des Tib. Gracchus (133), M. Livius Drusus (92) und des P. Sulpicius Rufus (87) sind Experimente ohne Tragweite gewesen und dienten bloss zur Lockerung des Bodens für die neue Aussaat, die von anderen Männern kam.

2) Gracchus 123. 122. Sulla 82. 81. Caesar 46. 45.

3) Mommsen R. Staatsrecht II. (*ed.* 2) S. 698.

4) *Sueton. Octav.* 52. 53. *Philo leg. ad Gaium* 23. Vergl. Mommsen *l. c.* S. 733. 734.

5) *l. c.* S. 683.

6) *non regno, neque dictatura, sed principis nomine constitutam rempublicam. Tac. Ann.* 1, 9.

indem er das Neue neben das Alte stellte und dieses in Achtung hielt. Das große Problem seiner Zeit war, die monarchische Idee in den antiken Rahmen zu fügen, ohne diesen zu sprengen. Dieses Problem hat Octavian gelöst und dadurch sich den stolzen Namen Augustus verdient. Sein Weltstaat ist eine der großartigsten Schöpfungen in der Weltgeschichte. Freilich keine einfache; war doch die Zeit selbst keine einfache. Dem Typus, welcher hier sein Daseyn empfing, hat Mommsen[1] den Namen der „Dyarchie" gegeben[2], und ich zögere nicht, ihn zu acceptiren, denn der darin angedeutete Gedanke entspricht, wenn auch das Wort ebensogut die spartanische Doppelkönigsverfassung ausdrücken könnte, meiner schon früher dargestellten Auffassung des Augustischen Staatssystems[3].

B. Manche haben den Anfang des Augustischen Principats (*primus potestatis dies*[4] — *dies accepti imperii*[5]) bereits i. J. 43 erkannt, wo Octavian zuerst die Fasces nahm (7. Januar), zuerst Imperator (16. April) und Consul (19. August) wurde; die Griechen liebten es, die neue Monarchie von der Schlacht von Aktium (31) an zu rechnen[6]. Thatsächlich war Octavian seit dem Tode des Antonius (30) und der Einverleibung Aegyptens Alleinherrscher des *Orbis Romanus*; aber erst 29 nimmt er den Titel Imperator, 27 den Namen Augustus an, und mit diesem Jahre beginnt die Kaiserära (*anni Augustorum*). Octavian selbst zählt dann, nach Abgebung des Consulats i. J. 23, von da an die Jahre seiner tribunicischen Gewalt, worin ihm die späteren Kaiser folgen. Die capitolinischen Fasten geben die consularen Amtsjahre und die tribunicischen Kaiserjahre neben einander an; auch dieser Dualismus in den Fasten drückt das dyarchische Staatsystem aus. Erst i. J. 12 übernimmt August das Oberpontificat, welches nach ihm von allen Kaisern gleichfalls übernommen wurde[7]; es gab die oberste Weihe[8], eine neue Art *sacrosanctitas*, wie sie kaum durch die tribunicische Gewalt gewährleistet schien. Die Retablirung des Senats fällt hauptsächlich in die Zeit 18 v. Chr. — 3 n. Chr.[9].

Als staatsrechtlicher Anfang der Augustischen Regentschaft kann nur das Jahr 27 oder 23 in Frage kommen, denn im ersteren verzichtete August auf die bisher von ihm (seit dem Triumvirat?) geübte außerordentliche Constitutivgewalt, sonderte sich bestimmte Provinzen als imperatorisches Reservat oder Filial aus und nahm den Namen Augustus an, — und im letzteren stellte er das Consulat wieder her und übernahm für sich die tribunicische Gewalt. Aus dem Provinzialimperium und der tribunicischen Gewalt setzte sich die neue Augustusgewalt vornehmlich zusammen; beide waren staatsrechtliche Abnormitäten in der alten Republik gewesen, und nun bilden sie die Ingre-

1) *l. c.* S. 725. 740.

2) Wie es einfache Fixsterne und Doppelsterne gibt, so auch einfache Staatssysteme und Doppelstaaten. Die alte Controvers, ob die Domäne (Kammergut) Hausgut oder Staatsgut sei (s. Schulte Reichs- und Rechtsgeschichte, *ed.* 2. S. 102. 309), weist auf den Dualismus des Patrimonial- und Rechtsstaats hin; letzterer wuchs aus ersterem hervor und stellte sich neben ihn, und dieser Dualismus ist noch heute nicht überwunden. — Im neuen deutschen Reiche ist ein neuer Dualismus aufgetaucht, indem sich neben der alten, in den Partikularstaaten dargestellten, Staatssphäre eine zweite Regiments- oder Hoheitssphäre, die Reichsgewalt, constituirt hat; auch diese setzt, ähnlich der römisch-imperatorischen, vornehmlich im Militärwesen ein und ist, wie diese, centralistisch. Der republikanische Gedanke Roms unterschied Italien und die Provinzialwelt und in dieser die einzelnen Provinzen als partikuläre Körper, während der imperatorische Gedanke auf gleichheitliche Einheit des Reichs hinarbeitete.

3) Ich habe in der ersten Auflage meine juristische Auffassung des römischen Principats so formulirt: der Staat sei eine beschränkte Monarchie (Cursus § 278), im Verhältniss zwischen Princeps und Senat sei die Hauptfrage gelegen (§ 279), der Senat sei jetzt der Hauptträger der Souveränetät (§ 282), und nicht habe man sich den Augustus als den Souverän zu denken (Excurse S. 240); zu dem *populus Romanus* als dem eigentlichen Souverän habe er sich vielmehr wie ein *princeps filiusfamilias* verhalten, und die Militärsphäre des Kaisers sei dem *castrense peculium* im Privatrecht vergleichbar.

4) *Plin. hist. nat.* 11, 17, 190. — 5) *Tac. Ann.* 1, 9. — 6) *Dio C.* 56, 30.

7) *Zosimus* 4, 36. — 8) Mommsen *l. c.* S. 1054. — 9) Lange Alterth. II. S. 322. 334.

dienzen der neuen großen Abnormität, die so schwer unter den Generalbegriff der Magistratur zu bringen ist und doch im System nicht wohl anders placirt werden kann.

Den Namen Augustus verdiente sich Octavian durch Wiederherstellung des republikanischen Rechtsstaats, zu welchem er das neue Principat in das Verhältniß gegenseitiger Anerkennung zu bringen wußte. Es war eine großartige Rehabilitirung des antiken Geistes und ward als rettende Handlung gewürdigt. Seit der Gracchenzeit hatte eine Bewegung gedauert, welche, zuletzt in Caesar gipfelnd, eine Auflehnung gegen die Antike, gegen den antiken Staat, gegen den römischen Geist und Styl war. August bannte diese revolutionäre Macht. Er bezeichnet das selbst mit den Worten[1]: *rem publicam ex mea potestate in senatus populique Romani arbitrium transtuli;* eine andere antike Wendung nennt es *restitutio reipublicae*[2]*;* Vellejus (2, 89) sagt davon: *restituta vis legibus, senatui majestas, imperium magistratuum ad pristinum redacta modum, prisca illa et antiqua reipublicae forma revocata.*

C. Ich sagte schon, daß der Augustische Weltstaat kein einfaches Rechtsgebilde sei. Man hat ihn verglichen mit dem parlamentarischen Staatswesen Englands, ihn ein Gemisch aus Republik und Monarchie oder eine Republik mit monarchischer Spitze[3] genannt oder gesagt, Monarchie sei die Idee, Republik die Form des Staats gewesen[4]. Das sind nicht unrichtige Vorstellungen, welche aber dem Juristen nicht genügen. Die organisatorischen Grundgedanken des Augustischen Staatssystems sind folgende.

1) Für die beiden die Zeit beherrschenden Strömungen *in rebus publicis* gehört sich ein doppeltes System: die republikanische Tradition verlangt ihren Ausdruck und das monarchische Bedürfniß seinen Apparat. Jenes Alte und dieses Neue muß also und kann neben einander bestehen; ein Compromißstaat, auf gegenseitiger Anerkennung der Faktoren beruhend, verbürgt allein den Frieden und die Ordnung. So hat August in dem republikanischen und imperatorischen Regiment ein ***duplex jus** in rebus publicis* aufgerichtet und dadurch dem *Orbis Romanus* seine Richtung bis in die Zeit Diocletians vorgeschrieben. Schwer ist zu sagen, was an diese Stelle hätte treten können, wenn dem August sein Plan mißlungen wäre.

2) Das republikanische und das imperatorische Regiment — jedes bildet einen Kreis für sich, der Mittelpunkt des letzteren aber ist das **Militärwesen**. Der Schutz des Reichs ist die Aufgabe, welche August sich als seine Pflicht und als sein Recht vorbehielt; den Apparat dafür sonderte er aus dem bisherigen (republikanischen) System aus und constituirte ihn zu einem eigenen System daneben. Sicherheit nach Außen, Sicherheit nach Innen und Alles was sich an diesen Gedanken anzuschließen und anzulehnen schien, bildet den Machtinhalt der imperatorischen Sphäre. Dahin gehört vor Allem das **Militär- und Polizeiwesen**. Dies wird immer der Kern und Ausgangspunkt neuer Staatsgewaltbildungen seyn: so im Mittelalter bei den zu eignen Staaten sich ausgestaltenden großen Städten, welche zuerst im Polizeiwesen eigne Initiativen schufen und die Anerkennung des Fehderechts sich erzwangen; so auch bei den römischen Imperatoren, welche in den *milites* und *vigiles* ihre Unterthanen, die Bürger ihres speciellen Gebiets sahen.

---

1) *Monum. Ancyr.* 6, 12. — 2) s. Mommsen *l. c.* S. 724. — 3) Ders, S. 1088.
4) z. B. v. Wietersheim d. Völkerwanderung I. S. 39.

3) Die Aufgabe der Administration und Jurisdiction, insoweit sie von der Frage der Reichssicherheit ablösbar ist, verbleibt dem republikanischen System und findet in den alten Organen seinen bereiten Apparat. Freilich muß sich hier die Ordnung der Organe modificiren: der Senat tritt nun rückhaltslos — wie schon Sulla angeordnet hatte — in den Mittelpunkt, das Comitiensystem ist jetzt unzureichend, der Senat wird Träger der Souveränetät; er geht ja aus Volkswahl hervor und repräsentirt mithin den *populus Romanus*. So ist das republikanische System zum senatorischen Regiment geworden. Neben der Militärhoheit des Imperator steht die Regierungshoheit des Senats. Die Stellung des Imperator zum Senat, das ist die Achse, um welche sich alle fundamentalen Staatsfragen drehen.

4) Der Dualismus aber ist kein Auseinanderfall; folgende Klammern, die das Ganze zusammenhalten, sind zu markiren. a) Die Militärsphäre ist zwar soweit verselbständigt, daß dadurch für ihren Bereich die Republik außer Kraft gesetzt, aber nicht zerstört, sondern nur suspendirt ist. Unter Umständen kann die Militärsphäre zurückfallen unter die Hoheit des Senats. b) So ist die Militärsphäre nur als eine Concession [1] an den Imperator gedacht und in den Rahmen des antiken Staats noch untergebracht; sie ist wie eine große Provinz im Reiche, eine Dependenz der einen großen *res publica,* eine Filialsphäre im Weltstaat. Dessen Einheit ist im Princip gerettet. c) Der Imperator ist nicht der Souverän, aber in seiner Mililtärsphäre doch wie ein Souverän, denn so lange er lebt, herrscht sein Wille in dieser Sphäre allein, und er kann selbst über die Nachfolge Bestimmung treffen; nur wenn solche wirksame Bestimmung fehlt, erwacht die im Hintergrund ruhende republikanische Autorität des Senats, und es wird offenbar, daß im Grunde noch immer der *Populus Romanus* der *parens omnium* ist [2]. Es ist genau dasselbe Verhältniß, wie das *duplex jus militis* [3] und das *castrense peculium filiifamilias militantis;* der Letztere ist nicht *paterfamilias,* nicht emancipirt, aber *vice patrisfamilias* [4], er hat seine Sphäre für sich und er kann darüber auch testiren; sonst findet Heimfall seines Guts Staat, d.h. es kommt *jure peculii* zurück an den *paterfamilias,* dessen Recht nicht aufgehoben, nur schwebend war. Die juristische Configuration ist die nämliche *in re privata,* wie *in re publica,* wie so oft bei den Römern. Das Verhältniß ist das eines *divisum patrimonium* [5] oder einer *separatio a rationibus dominicis* [6] mit Heimfallsrecht nach den Grundsätzen des (*quasi*) *jus postliminii* [7]. In der republikanischen Zeit war die Stellung des Proconsuls dem *peculium profecticium* vergleichbar, die Stellung des Imperator dagegen ist das Seitenstück des *peculium castrense,* ein *quasi proprium patrimonium.* Hat der Imperator keinen Nachfolger ernannt, so tritt die republikanische Ordnung von selbst wieder in Kraft, wie auch der Vater das *peculium filiifamilias intestati jure antiquo* erhält [8]. d) Endlich hat der Imperator auch die Aufgabe, in das republikanische System nach Art eines Magistrats einzugreifen; er steht hier neben den Consuln und Prätoren, ungefähr so, wie ehedem die Volkstribunen

---

1) Der Concessionsakt liegt in der Gewährung des Namens Augustus (Souverän *vice populi*). Damals acceptirte und besiegelte der Senat die neue Ordnung des Doppelregiments und bestätigte Octavian's Programm und dessen politisches *peculium castrense.*
2) *Tacit. Ann.* 3, 28: *velut parens omnium Populus.*
3) *Papin. in fr.* 15. § 2. *de castr. pec.* (49, 17). Vergl. Cursus § 938—941.
4) *Ulp. fr.* 2. *de Scto Mac.* (14, 6). — 5) *Paul. in fr.* 25. § 1. *fam. herc.* (10, 2).
6) *fr.* 5. *de pecul.* (15, 1): *Tubero, Labeo, Celsus.*
7) *Tryph. in fr.* 19. § 3. *de castr. pec.* (49, 17).
8) *Tryph. in fr.* 19. § 3. *cit.*

zur Zeit ihrer ausgebildeten Macht, neben den eigentlichen Magistraten standen. Dies die Bedeutung der *tribunicia potestas* des Imperator, in dessen Hand mithin vornehmlich die regimentale Einheit des Reichs gelegt war. Namentlich in Rücksicht hierauf heißt er *Princeps*, und so erscheint er im regelmäßigen Gange der Regierung thatsächlich als der Regent des Ganzen.

5) In der Militärsphäre zeigt sich der Anfang eines neuen Baustyls. Während der Republik die horizontale, d. h. auf gleicher Fläche sich ausbreitende Bauweise, demgemäß die Coordination der Organe der Staatsgewalt eigen ist, tritt in dem imperatorischen Behördenorganismus sofort eine verticale Bauweise und demgemäß ein Etagenbau übergeordneter Organe hervor. Die kaiserliche Spitze kann sich nicht ohne Vermittelung über dem Fundament erheben. Dem neuen Baustyl entspricht übrigens die der obersten Spitze zustrebende und sich nothwendig zusammenfassende Masse, d. h. die Neigung zur Centralisation erstarkt, eine Neigung, wie sie auf republikanischem Boden schwerlich erwachsen wäre. Den vielen coordinirten Regierungskörpern des republikanischen Systems gegenüber vertritt das Augustische Principat nun allenthalben die Einheit des Reichs und die Geschlossenheit seiner Peripherie.

D. Der castrensische Filialstaat des Augustus war im Grunde nur eine Fortbildung und Systematisirung des seit Marius und Sulla sich vom Bürgerthum ablösenden Militärwesens. Der *populus Romanus* und *exercitus Romanus* ward geschieden, jeder als ein politisches System formirt, und ein Doppelstaat, vergleichbar jenem Neben- und Ineinander des Curienstaats und des Centurienstaats seit Servius Tullius, geschaffen: der eine noch republikanisch, aber der andere monarchisch angelegt. Und indem noch immer der *populus Romanus*, vertreten durch den Senat, als der Souverän galt, begnügte sich August mit der Stellung eines *filiusfamilias miles*, welcher, in seinem castrensischen Gebiet autokratisch, im Uebrigen die republikanische Staatshoheit anerkannte und ihr sich als Träger der tribunicischen Gewalt, man möchte sagen, als *tribunus populi*, einfügte. Der im Senat concentrirten (republikanischen) Machtfülle gegenüber hatte es wohl einen Sinn, daß der *populus* selbst, welcher nur noch theilweise und ohne maßgebende Autorität zu Worte kam, einen gewichtigen Vertreter und Anwalt habe[1]. Als Imperator stand dieser an der Spitze des Militärstands, der erste der *milites* und hatte das *Praetorium* (*castra Praetoria*) vor Roms Thoren; als *Princeps* stand er an der Spitze des Civilstands, der erste der *cives* und hatte das *Palatium* (*Domus aurea*) innerhalb Roms[2]. Der Name Augustus faßte beide Prärogativen zusammen.

Der unabhängige Kriegsherr ist zugleich der einflußreichste Staatsbeamte, aber indem er die Qualität eines Staatsbeamten annimmt, stellt er seine Kriegsherrlichkeit unter seine Amtsqualität und in deren Dienst. Und unter diesem Gesichtspunkt läßt es sich rechtfertigen, wenn in der Reihe der großen staatsrechtlichen Typen Roms das Principat dem Magistraturbegriff untergeordnet, der Princeps als eine Varietät des Magistrats systematisch behandelt und der Augustische Staat als eine Transaction mit dem antiken Staatssystem bezeichnet wird.

---

1) Dieser Gedanke war den Römern nicht fremd. *Posito triumviri nomine consulem se ferens et ad tuendam plebem tribunicio jure contentum*, sagt *Tacitus* (*Ann.* 1, 2) von Octavian i. J. 23.

2) Was August gewollt und geschaffen, das setzte sich bei Tiberius in feste formulirte Gedanken um; *Dio* (57, 8) erzählt, Letzterer habe sich als αὐτοκράτωρ τῶν στρατιωτῶν, τῶν λοιπῶν πρόκριτος (*imperator militum, princeps civium*) zu bezeichnen geliebt.

So wenig das alte *Regnum* des Servius Tullius, so wenig ist auch das Principat eine Monarchie in unserm heutigen (staatsrechtlichen) Sinne; es ist eine Republik, freilich den Keim der Monarchie im Schooße tragend. Oder man kann auch sagen: der Imperator ist Souverän und Monarch, aber nicht über den *Orbis Romanus*, sondern den *Orbis castrensis*, diese in der alten Welt auftauchende neue Filialwelt[1]. Für den Staat Sulla's fehlte es an den geeigneten Bürgern; für den Staat Caesar's würde es an den geeigneten Herrschern gefehlt haben; der Staat des Augustus, kraft jenes Dualismus, entsprach in Beidem der Zeit und ihren Menschen.

In gewisser Hinsicht konnte das Principat eine Fortsetzung des *proconsulare imperium* und der *tribunicia potestas* genannt werden; aber neu war 1) die Vereinigung beider Gewalten in Einer Person, und 2) die Enthebung dieser Gewalten von ihrer dreifachen republikanischen Schranke: der collegialen, zeitlichen und räumlichen, denn der Princeps hatte innerhalb seines Ressorts keine Collegen, er hatte seine Gewalt auf Lebenszeit, und seine Gewalt war nicht auf geographische Grenzen beschränkt.

Als Träger des entschränkten *proconsulare imperium* war er Imperator[2], als Träger der entschränkten *tribunicia potestas* war er *Princeps*[3]. Beide Prädikate knüpften auch nominell an republikanischen Erscheinungen an: am triumphirenden Feldherrn und am *Princeps Senatus*[4].

Die Combination beider Gewalten hebt den *Augustus* — so heißt er in Zusammenfassung seiner Doppelstellung — über die Grundfläche des Bürgerthums hinaus; er bleibt Bürger[5], nimmt aber einen eminenten Karakter an, den jenes Prädikat treffend ausdrückt. Dieser Stellung entspricht die Abwerfung des Geschlechtsnamens seiten der Principes, ihre Exemtion von der Tribusordnung und die Substituirung des Imperatorprädikats an die Stelle des gewöhnlichen Pränomens[6].

Die drei Bezeichnungen Imperator, Princeps, Augustus sind mehr als bloße Titel, sind Eigenschaftsworte, Prädikate[7]; sie sind Ausdruck einer reellen Staatsgewalt, deren Träger der Regent ist, und sie bezeichnen Amt und Person zugleich. Dagegen sind bloße Titel: *pater patriae, consul, censor, proconsul:* so, wie diese Bezeichnungen als Titel an Andere vergeben wurden, nahm sie auch der Regent selbst an.

---

1) Dem entsprechend sagt Marcian (*fr. 3. ad. leg. Jul. maj.* 48, 4): *Lege Julia majestatis tenetur, qui injussu Principis bellum gesserit.*

2) s. Mommsen Röm. Staatsr. (*ed.* 2) II. S. 816—8.

3) Anders Mommsen *l. c.* S. 751.

4) War der *Princeps Senatus* nicht eigentlich der am Längsten auf der höchsten Aemterstufe Stehende und das neue Principat die fingirte Anciennetät des lebenslänglichen Volkstribunen?

5) „Es bestand, bis zu Diocletian wenigstens, ein mächtiger Unterschied zwischen den Kaisern Rom's und den Fürsten, selbst den kleinsten, neuerer Zeit in Sitte, Form und Meinung. Kein Geburtsadel, kein höherer Stand erhob den Herrscher über seine Unterthanen. Der erste Bürger Rom's blieb immer ein Bürger. Wenn daher Tiber (Suet. 31) die Consuln durch Aufstehen und Räumung des Wegs ehrte, so beweist schon solche Möglichkeit, wie widrig auch die Affectation des Heuchlers uns berührt, die ungeheure Verschiedenheit römischer und moderner Etiquette, wie denn auch Reden und Handlungen gegen die Kaiser berichtet werden, z. B. dass die Advocaten den Kaiser Claudius bisweilen, wenn er den Richterstuhl früher, als sie wünschten, verlassen wollte, an der Toga, ja am Fusse festhielten (Suet. 15), welche unsern modernen Begriffen von Fürstenwürde ganz unbegreiflich erscheinen. Ferner war der Kaiser durch die Bande des Bluts und der Verschwägerung, wie der Freundschaft und Geselligkeit, mit den Edlen Rom's verknüpft. Er empfing jeden solchen, der ihm früh seine Cour machte (*mane salutantes*), besuchte persönlich die Kranken und ass bei ihnen ohne Ceremoniell. Zu persönlichen Dienstleistungen hatte er nur Sklaven oder Freigelassene. Während unter den späteren röm. Kaisern deutscher Nation Churfürsten, oft beinahe gleicher Macht mit ersteren, es als Ehre achteten, deren Marschall, Kämmerer oder Truchsess zu seyn, wagte der Herr der civilisirten Erde nicht, einen gemeinen aber freien Bürger Rom's zu seinem persönlichen Dienste zu gebrauchen". v. Wietersheim Gesch. d. Völkerwanderung I. S. 39.

6) Mommsen *l. c.* S. 742. 743. 745.

7) Mommsen *l. c.* S. 752. 816.

Mommsen[1] meint, die proconsulare Gewalt (*imperium*) allein habe genügt, das Principat zu constituiren; mir scheint dagegen, daß erst die Verbindung der proconsularen mit der tribunicischen Gewalt das Principat begründete und das August-Prädikat voll rechtfertigte. Der *dies imperii* war in den Arvalakten, sowie bei Plinius und Trajan (Ep. 53. 102) als der Anfang der proconsularen Gewalt gemeint, das *initium principatus* fiel damit nicht nothwendig zusammen. Aber das ist richtig, daß die proconsulare Gewalt d.h. die Militärhoheit, das Imperium im modernrömischen Sinne, den Kern und Ausgangspunkt des Augustischen Systems bildete. Es ist der Gedanke einer castrensischen Regierungssphäre, als einer abgezweigten Staatsherrlichkeit oder Souveränetät. Die tribunicische Gewalt kam dann hinzu, um das Band zwischen der alten und der neuen Sphäre herzustellen; nicht das Consulat, wegen seines Collegialitätselements und wegen anderer Gründe, war dazu geeignet, sondern das Tribunat ward schließlich von August dazu verwendet. Das Consulat war ein integrirendes, ja dominirendes Stück der republikanischen Staatsordnung; diese wäre nicht intakt geblieben, wenn August auf die Dauer die Consulatsgewalt übernommen hätte. Die tribunicische Gewalt dagegen war von jeher eine exemte Gewalt (neben dem Staat!) gewesen, dann zu einer Art Magistratur (in dem Staat!) erwachsen und nun vorzüglich geeignet, ohne Präjudiz für die alte Ordnung die Stellung der neuen exemten Gewalt zu und in jener zu markiren. — So kann Augustus der Ordner zweier Welten genannt werden: er hat 1) den alten (Verwaltungs-) Staat erneuert durch Wiederherstellung des Consulats, durch Kräftigung des Senats und durch Neubelebung des Patriciats, und 2) den neuen (Militär-) Staat aus dem alten Staatswesen abgezweigt, neben das *nomen populi Romani* das *nomen Augusti* gestellt und jenen Dualismus geschaffen, welcher in den zahlreich durchs Reich entstehenden *arae Romae et Augusti* bedeutungsvollen Ausdruck fand.

E. Daß die neue Militärsphäre ein selbständiges System sei, trat alsbald in vielen Erscheinungen hervor. I) Primäre Erscheinungen dieser Art sind: 1) der neue Imperatortitel, welcher anzeigte, daß so, wie einst der römische Feldherr im Heerlager (*in castris*) stand und befahl, jetzt der Regent allenthalben, wo es den Schutz des Reichs gilt, stehe und befehle — ohne Provocation an die Comitien und ohne jegliche Intercession.

2) Ein speciell ausgesondertes Gebiet, gleichsam eine Regentschaftsdomäne, nämlich a) ein kaiserliches Territorium, in den *provinciae Augusti* bestehend, deren Kern Gallien, (das diesseitige) Spanien und Syrien bildeten[2]; b) das gesammte Seegebiet (des Reichs), welches in besonderer Weise eines einheitlichen Schutzes bedürftig war[3]; c) Aegypten, welches als unmittelbares Kaiserland vom Provinzialsystem eximirt und in singulärer Weise monarchisch organisirt unter einen *Praefectus vice regis* gestellt war[4]; d) Die *castra Praetoria* oder kurz *Praetorium*, welches man die *arx imperii*[5] nennen könnte; vor dem viminalischen Thore Roms gelegen erinnerte es an

---

1) *l. c.* S. 810. Die Hauptausführung Mommsen's über die Organisationsidee des Principats ist dort auf S. 810—841 zu finden.
2) Mommsen *l. c.* S. 824. — 3) Mommsen *l. c.* S. 828.
4) Mommsen *l. c.* S. 778. 826.
5) *Tacitus* (*hist.* 3, 70) nennt allerdings das *Palatium* so, und für spätere Zeit wohl nicht gerade unrichtig; ursprünglich aber begriff das *Palatium* (kaiserliche Pfalz auf dem Palatin) nur die *Domus Augusti, Tiberii, Neronis* (*Domus aurea*), war der Sitz des Augustus als Princeps und drückte also seine Stellung innerhalb der republikanischen Staatsordnung aus.

das Hauptquartier (Feldherrnzelt) im Lager[1] und die *domus praetoria* des Statthalters in den Provinzen.

3) Ein Behördensystem, welches *extra ordinem* (neben den *legitimi magistratus*)[2] besteht und sich auf neuen Grundsätzen aufbaut. Volkswahl, Annuität und Collegialität sind hier ausgeschlossen, der Imperator ernennt, besoldet und entläßt seine Beamten. Nur dieses Band mit dem republikanischen System besteht, daß „die höhere Kategorie der kaiserlichen Hülfsämter an den Sitz im Senat geknüpft ist“[3]. Voran stehen hier die *Legati pro praetore* in den kaiserlichen Provinzen, der *Praefectus Aegypti* und der *Praefectus praetorio*. Legat und Präfect sind bezeichnende neue Termini[4], sie drücken die Abhängigkeit des Sendlings aus oder erinnern an die besondere Abhängigkeit jener früheren italischen Städte (*praefecturae*), welche Rom durch Sendbeamte direct regierte.

4) Abgesondertes Finanzsystem zur Beschaffung der Mittel für das Militärsystem. Dem dient das neue *aerarium militare*[5], welches nun neben dem *aerarium populi* (*s. Saturni*) gegründet und unter die Verwaltung von drei dem Imperator verantwortlichen *Praefecti* gestellt wird. Die *vicesima hereditatum* (Erbschaftssteuer) und die *centesima rerum venalium* (Auctionssteuer) bilden die Einnahmequelle jenes Fonds, welcher nicht eine „zweite Reichshauptkasse“ neben der republikanischen, sondern die Hauptkasse für das Militärreich zu nennen ist. August scheint hier besonders vorsichtig vorgegangen zu seyn[6], weil dabei die alte Finanzhoheit des Senats berührt ward.

5) Vielleicht in Anlehnung an die alte römische Staatspraxis, überall, wo es sich um Ausübung des Imperium handelt, einen Beirath von Römern (*consilium*) beizuziehen[7], haben Augustus und seine Nachfolger, wie es scheint, sehr häufig ein Consilium nahestehender Vertrauter um sich gehabt und benutzt, nicht bloß in militärischen und jurisdictionellen, sondern auch in administrativen und solchen Angelegenheiten, welche zur Verwaltung des republikanischen Systems gehörten[8]. Hier entwickelte sich daher dieses Consilium auf Kosten der Competenz des Senats, aus welchem es (als ein Ausschuß desselben) theilweise hervorgewachsen scheint, und seine weitere Entwickelung ist in dieser Hinsicht nicht minder, wie die Aus- und Umbildung des Fiscus, ein Gradmesser für die Steigung des Monarchismus.

6) Wie in der alten Zeit die (patricische) Bürgerschaft sich mittels der *lex curiata de imperio* dem Imperium des *rex*, dann der Consuln unterwarf, und in der Kaiserzeit — freilich mit veränderter Fassung und Bedeutung — ein civiler Unterwerfungsakt vollzogen ward (die *lex regia de imperio*[9]): so nimmt der alte militärische „Fahneneid“, das *sacramentum militum*, nun unter den Kaisern den Karakter eines ordentlichen und allgemeinen Unterwerfungsaktes der Soldaten an, d. h. der specifischen Unterthanen des Imperator[10]. Im Eid wird der Uebernahme des Imperium gedacht und wahrscheinlich eine Form gewählt, welche der neuen besonderen Art der lebenslänglichen Imperatorgewalt Rechnung trägt; bezog sich etwa hierauf die durch Augustus vorgenommene Aenderung, von welcher *Dio* (57, 3) sagt?

---

1) *Praetorium* mit *ara, augurale und tribunal*. — 2) *Pomp. fr.* 2. § 19. 33. *de or. jur.* (1, 2).
3) Mommsen *l. c.* S. 894.
4) *Legati, Praefecti*, dann auch *Curatores, Procuratores*: neue Aemterterminologie im neuen Aemtersystem. — 5) Mommsen *l. c.* S. 971. Dazu Hirschfeld Röm. Verwalt.-Gesch. I. S. 62 ff.
6) Der von ihm gleichfalls gegründete Fiscus war zunächst nur privates Hausvermögen der Familie.
7) s. oben Excurse S. 75. Anm. 2. — 8) Mommsen *l. c.* S. 865—7. 946 ff.
9) s. unten sub G. — 10) Mommsen *l. c.* S. 768.

7) Auch ein besonderes Gebiet kaiserlicher Verordnungen scheidet sich in den *Mandata* aus, Instructionen des Imperator an seine Beamten, welche vielfach Quelle neuer Rechtssätze werden. Dahin gehört jenes *Caput ex mandatis* (ständiger Mandatsartikel), durch welches seit Titus, Domitian und Nerva den Soldaten die *libera testamenti factio*, d. h. Entbindung von allen beschränkenden Formalitäten, gewährt wird[1]. In nächster Nachbarschaft der *Mandata* stehen andere Arten kaiserlicher Erlasse, wie *Edicta*, *Rescripta*, *Decreta*, welche sich zwar theilweise auf die Thätigkeit des Princeps innerhalb des republikanischen Systems beziehen, aber in der Praxis bald mit den *Mandata* verschwimmend das Steigen und die Attractivkraft des Monarchismus erkennen lassen. Diese *principales constitutiones* zusammengenommen bilden den Grundstock des neuen als *jus extraordinarium* bezeichneten Rechtssystems, an welches das Recht der *Senatusconsulta* und das *jus naturale* der Jurisprudenz sich in natürlicher Entwickelung dann anschließt.

II) Secundäre Erscheinungen, welche der imperatorischen Hemisphäre angehören, sind folgende: 1) Das zunächst für die Residenzstadt (*Urbs*) eingerichtete Polizei- und Schutzmannssystem, welches unter den *Praefectus Urbi* gestellt ward. An einem Polizeisystem hatte es der republikanischen Ordnung gefehlt, August richtete es ein und eignete es sich kraft Urheberrechts als seine Domäne an; er konnte das um so eher, da die *vigiles* militärisch organisirt waren und ihre Aufgabe derjenigen der *milites* ähnlich war; jene hatten den Reichsschutz im Innern, diese dem äußern Feinde gegenüber zu leisten. Eine Erweiterung dieser ideellen Kaiserprovinz war die *cura viarum* für Italien[2].

2) Mit der hauptstädtischen Polizeiordnung aber war das Proviantwesen eng verknüpft; es ist daher erklärlich, daß auch die *cura annonae* von Augustus als eine Dependenz seiner Militärsphäre behandelt und für eine kaiserliche Domäne erklärt ward. Im J. 24 v. Chr. übernahm Augustus die *cura annonae*, d. h. die Sache, aber nicht den Titel, weil seit Pompejus daran sich illegitime monarchische Erinnerungen knüpften[3], und er übte sie durch besondere Beamte, zuerst *praefecti* oder *curatores frumenti*, später den *Praefectus annonae* aus. Dieser war, gleich dem *Praefectus Urbi*, eigentlich nur Verwaltungsbeamter, aber wie diesem, wuchs auch jenem die connexe Jurisdiction zu, und indem ihm ein Theil der Residenzbesatzung zu Gebote gestellt war, trat sein Zusammenhang mit dem Militärwesen zu Tage.

3) Als eine Ausdehnung über das eigentliche Bereich des Imperium des Regenten hinaus ist auch die Ausübung der Suzeränetät über die „annectirten und in römische Verwaltung genommenen“ Clientelstaaten anzusehen. Dabei handelte es sich theils um internationale, theils um interne administrative Beziehungen, welche eigentlich auf die Senatsautorität hinwiesen, aber, da meist römisches Besatzungsrecht oder Einsetzung militärischer Landpfleger dabei in Frage kam[4], sich als Dependenz der imperatorischen Herrschaft qualificirten.

---

1) *Ulp. fr.* 1. *de test. mil.* (29, 1). Ulpian führt nach der von Fitting (das *castrense peculium*, S. 13) vertheidigten Lesart (*Ulp.* 20, 10: *Augustus mandatis constituit*) auch das Institut des *castrense peculium* auf Mandate zurück. Dazu *pr. J. quib. non est perm.* (2, 12). Paulus berichtet auch von einer (dann wieder beseitigten) Bestimmung August's, welche dem Vater seinen *filiusfamilias miles* zu enterben untersagte; diese Bestimmung nennt der Jurist *edictum* (*Augusti*).

2) Mommsen *l. c.* S. 1000. — 3) Mommsen *l. c.* S. 994.

4) Mommsen *l. c.* S. 835.

F. Eine besondere socialpolitische Erscheinung[1], welche im Zusammenhang mit dem Augustischen System stand, war der Augustalenorden[2]. Sein Ursprung ist bestritten, seine schließliche Bedeutung aber ist wohl als Ausbildung eines neuen Reichscults anzusehen, welcher neben dem republikanischen Göttersystem etablirt ward, die alternden Volksreligionen ersetzen, das imperatorische Regiment stützen sollte und ganz natürlicher Weise an dem Augustusprädikat anknüpfte. Zunächst auf provinciellem Boden erwachsen, wo die absolutistisch-monarchischen Volkstraditionen der neuen Wucherung günstig waren[3], gewannen die *Seviri Augustales* (*3 pontifices* und *3 augures*) und die *collegia Augustalium* einen Einfluß, welcher mit dem des Jesuitenordens für die päpstlichen Centralisationsideen in unseren Jahrhunderten verglichen werden kann. Spanien ist merkwürdiger Weise die Geburtsstätte beider Schwestergebilde; wenigstens hat es das zweifelhafte Verdienst, in den occidentalen Provinzen dem Bedürfniß, ein officielles Religionssurrogat zu besitzen, zuerst Rechnung getragen zu haben, denn, nachdem schon im J. 11 n. Chr. die Narbonenser einen Altar des Augustus für jährliche Opfer gestiftet hatten, ward auf Bitten der spanischen Stadt Tarraco[4] im J. 15 n. Chr. gestattet, dem Augustus einen Tempel zu errichten, und Tacitus (*Ann. 1, 78*) sagt, daß dieses Beispiel dann Nachahmung in allen Provinzen des Reichs gefunden habe. Zahlreiche Inschriften, die in Spanien aufgefunden worden, geben ein anschauliches Bild von dem Cultus, dessen Centralstätte damals jener Tempel ward. Hier fand die Verehrung der verstorbenen und unter die Götter versetzten, dann selbst der lebenden Imperatoren Statt, Priester dienten dem Imperator-Gott, Priesterinnen der Göttin *Roma*, deren Cultus nun immer mit dem Kaisercultus verbunden ward. Aber nicht bloß hier, sondern in allen Provinzen des Reichs und zu allererst wohl im Orient, wo die Göttin *Roma* schon lange verehrt wurde[5], gab es *templa Romae et Augusti* und erhielt der *Genius Principis* seinen göttlichen Strahlenkranz, das Symbol der Divinität.

Auch in den kleineren Städten Italiens und der Provinzen entstanden Nachahmungen jenes Tempels und Cults. Ein bald durchs ganze Reich vertheiltes Heer von *sacerdotes* und *flamines* besorgte den Cult, welcher sich in den Hauptstädten der Provinzen, an den Vororten der Provinziallandtage, centralisirte. Diese Landtage hatten es vorzugsweise mit dem Kaiserkult zu thun, sie waren im Wesentlichen religiöse Feierlichkeiten: fast das einzige Gemeinschaftsleben, welches der Provinz von den Kaisern gelassen wurde[6]. Die Wahl zu jenem Priesterthum galt als die höchste Ehre, welche vom Provinziallandtag angesehenen Bürgern erwiesen werden konnte. Und gegen diesen immer sorgfältiger entwickelten neuen Menschenkult tritt die Verehrung der Götter in auffallender Weise zurück; die Zahl der Götterpriester

---

1) Gothofredus *ad l. 5. Cod. Th. ne quid publicae laetitiae* (11, 8). Preller Röm. Mythologie S. 770 ff. Boissier *la religion Romaine I. p.* 122 ff.

2) Zumpt *de Augustalibus* (1846). Marquardt Zeitschr. f. Alt.-Wiss. 1847. No. 63—65. Henzen *ib.* 1848. No. 25—27. 37—40. Marquardt-Becker R. Alt. III. 1. S. 375 ff. Ders. Röm. Staatsverwalt. I (1873). S. 512 ff. III (1878). S. 443 ff. Joh. Schmidt *de Seviris Augustalibus* (Halle, 1878).

3) *Suet. Octav. 52. Philo Leg. ad Gaium vol. 2. p.* 567. 568. So erklärt sich auch das bemerkenswerthe Vorherrschen gewöhnlicher Bürger und Freigelassener in den provinziellen Augustalencollegien. Marquardt Zeitschr. f. Alt.-Wiss. 1847. S. 502.

4) Narbo und Tarraco, zwei Küstenstädte des Mittelmeers, nördlich und südlich der Pyrenäen.

5) Marquardt Röm. Staatsverwaltg III (1878). S. 445 Anm.

6) So war ehedem auch der latinische Bund auf eine Festgenossenschaft reducirt worden. Die Verleihung des *jus latii* an Spanien (durch Vespasian) knüpfte übrigens formell am alten latinischen Bunde an, als dessen Fortsetzung jedes in solcher Verleihung enthaltene *Foedus* galt. Vergl. Gött. gel. Anzgn. 1870. S. 1094.

scheint im Vergleich mit den Kaiserpriestern verschwindend klein geworden zu seyn[1]. Es läßt sich sagen, daß der Imperator den Thron des *Jupiter Capitolinus* einnahm, und ihm zwei Armeen zu Gebote standen: die Soldaten seiner Legionen und die Priester seines Cultus. Man spricht gewöhnlich nur von der *militia* als dem durchs ganze Reich gestreckten Kaiserarme, sein anderer mehr in der Stille und Tiefe wirkender Arm war die Hierarchie der Augustalen; es war dann ein Leichtes für das siegreiche Christenthum, als es sich im besiegten Staate wohnlich einrichtete, von jener Hierarchie zu lernen und römische Organisationsideen in den Kirchenorganismus zu transfundiren. Die Spitze des ganzen Systems[2] bildete das durch Tiberius in Rom gegründete *sacerdotium sodalium Augustalium*[3], welches anfangs aus 21 ordentlichen Mitgliederstellen (*decuriae*) bestand. In Folge neuer Kaiserconsecrationen kamen später neue *sodalitates* hinzu; zuletzt bestanden deren vier: *Augustales* (*Claudiales*), *Flaviales, Hadrianales* und *Antoniniani,* welche letzteren auf die späteren Consecrationen erstreckt wurden. In jeder Stadt bildeten die Augustalen eine Körperschaft (*collegium, corpus*) mit Vorstehern (*seviri*), Kassen, Ornamenten, Tempeln, Opfern und Festen. Die Ernennung zum Mitglied geschah durch Decret der Decurionen. An Rang in der Stadt standen die Augustalen den Decurionen zunächst, aber sie hatten auch, wie diese, Lasten, welche allmählich zur Ausbildung eines erblichen Augustalenstandes führten. — Die ganze Einrichtung erlag dem Christenthum.

G. Die s. g. *Lex regia de imperio.* Der Senat ist, wie schon bemerkt, Träger der republikanischen Souveränetät geworden; er vertritt das *nomen populi Romani* auch dem Imperator gegenüber. Im Princip steht er über diesem[4]. Die Consecration eines Kaisers fand daher nur auf Grund eines Senatsbeschlusses Statt, den der regierende Kaiser veranlaßte[5]; *genium* (*divi Julii*) *Senatus populusque Romanorum in deorum numerum rettulit,* sagt eine Inschrift[6]. Dieses Verhältniß entspricht dem des *filiusfamilias militans* zu seinem *paterfamilias.* Der Soldatenberuf gewährte zwar Unabhängigkeit im Bereiche der *militia* und eine vermögensrechtliche Prärogative von großer Bedeutung[7]; dieselbe konnte thatsächlich so bedeutend erscheinen, daß Papinians Bezeichnung des nichtmilitärischen Bruders als *frater, qui mansit in potestate*[8], erklärlich ist. Allein der Eintritt in Kriegsdienst galt durchaus nicht als Emancipation, das Militärgut hatte Peculiareigenschaft, der Sohn bedurfte zur Ehe des väterlichen Consenses[9]; noch Severus Alexander rescribirt: *manent milites in potestate parentum*[10]. Und so konnte auch der Kaiser als *Princeps in re publica* nur die ihm concedirten Rechte haben und ausüben, und es konnte fraglich seyn, ob diese Rechte sich einfach an die Uebernahme des Imperium anhängen, — oder ob es nicht dazu immer eines besonderen Uebertragungsaktes Seiten des *Senatus Populusque* bedürfe. Es spricht Alles für Bejahung dieser Frage. Zwar war es schwer[11], von dem Uebertragungsakt Umgang zu nehmen, d. h. ihn auf die Dauer dem Regenten

---

1) Gött. gel. Anz. 1870. S. 1111. — 2) Marquardt Alterth. III. 1. S. 378.

3) *Tacit. Ann.* 1, 54; *Histor.* 2, 95.

4) Dies ist so oft in den alten Schriftstellern gesagt und angedeutet, dass es unzweifelhaft ein Dogma jener Zeiten bildete und Exemplificirung überflüssig ist. S. Mommsen *l. c.* S. 762. 763.

5) *Tertullian Apol. 5: vetus erat mos, ne qui deus ab imperatore consecraretur, nisi a Senatu probatus.*

6) bei Mommsen *Inscr. Neap.* 5014. Vergl. Marquardt R. Staatsverw. III. S. 446.

7) Fitting d. *castrense peculium* S. 18. — 8) *fr.* 23. § 2. *de fideicom. libert.* (40, 5).

9) *Pap. fr.* 35. *de ritu nupt.* (23, 2). — 10) *c.* 3. *de castr. pec.* (12, 37).

11) Dies ist aber nicht als rechtliche Nothwendigkeit zu fassen. Ich kann daher nicht mit Mommsen (R. Staatsr. II. *ed.* 2. S. 812) übereinstimmen, wenn er sagt, dass das Principat mit dem Imperium rechtlich zusammenfalle und auch auf Aufforderung der Legionen übernommen werden konnte.

zu verweigern, welcher bereits das Imperium übernommen hatte und als Imperator der Republik gegenüber stand; allein den formellen Erfordernissen, welche in der Idee des Principats lagen, war nur dann Rechnung getragen, wenn jener Akt wirklich vollzogen, dadurch der Imperator nun auch als Princeps in das republikanische System hineingestellt und ihm seine Stellung neben Comitien, Senat, Consuln und Prätoren angewiesen wurde.

In der That haben wir nicht nur Andeutungen, sondern auch Ueberreste eines solchen Uebertragungsaktes, der mit den Wahlcapitulationen deutscher Könige entfernt verglichen werden kann; es ist jene s. g. *lex regia de imperio,* von welcher wir in ihrer Anwendung auf Vespasian ein Stück (den Schluß) seinem Wortlaut nach besitzen, und auf welche von römischen Juristen (Gaius und Ulpian) die Gesetzgebungsgewalt des Regenten zurückgeführt wurde.

Jene offenbar aus späterer Zeit stammende Bezeichnung darf uns nicht beirren, sie ist vielleicht dem orientalen Sprachgebrauch zuzuschreiben[1]; weder *regia* noch *imperium* ist hier correct, denn *regia* (*lex, urbs, adoptio*) gehört eigentlich erst dem Diocletianischen System an, und *imperium* kann hier nur für *potestas* gesagt seyn, wie die spätere Zeit überhaupt *potestas* und *imperium* durcheinander wirft. Etwas besser drückt sich Justinian[2] aus, wenn er sagt: *lege antiqua, quae regia nuncupabatur, omne jus omnisque potestas populi Romani in Imperatoriam translata sunt potestatem,* denn hier ist offenbar die *potestas* (*tribunicia*) als ein Hinzukommniß zum *imperium* gedacht. Unmöglich konnte der wahre Gedanke seyn, auf das *imperium* die kaiserliche Legislative zu gründen, da das *imperium* nie etwas mit der Legislative zu thun gehabt hat; diese konnte nur an dem magistratischen *jus edicendi* und *decernendi,* bez. an dem *jus respondendi* der *Jurisconsulti* anknüpfen, und dabei kommt die Stellung des *Princeps* innerhalb der Republik, d. h. seine *tribunicia potestas* in Rücksicht. Hiermit stimmt überein, a) daß Gaius und Ulpian[3] beiderseits nur die Edicte, Decrete und Episteln, nicht aber die Mandate, welche doch gleichfalls in Frage kommen mußten, auf jene *lex regia* zurückführten; mit Recht, denn die Mandate gehörten in das Bereich des Imperium; b) daß die regelmäßige Bezeichnung der kaiserlichen Constitutionen *Principum placita* oder *principales constitutiones* ist; c) daß die auf dem Marsfelde abgehaltenen Comitien, welche dem August und seinen Nachfolgern die *tribunicia potestas* übertrugen, nicht die Curiatcomitien waren.

In der Vespasianischen *lex de imperio*[4] ist in dem ersten Theil des uns erhaltenen Stücks von Elementen der *potestas* im alten Sinne die Rede: Schließung von Bündnissen, Initiative im Senat, Berufung des Senats; hier handelt der Princeps *nomine populi Romani,* kraft Vollmacht (das ist ja *potestas*). Voraus mögen Bestimmungen über das *auspicium,* über die Berufung der Comitien und Initiative in denselben, sowie über Vertretung des *populus* im Verkehr mit den Göttern gegangen seyn, denn in der *potestas*

1) Mommsen R. Staatsr. II. S. 840. 841. Ich halte es mit Mommsen für möglich, dass auf die Bildung dieses Terminus die Erinnerung der aus der Königszeit stammenden *lex curiata de imperio* (s. oben Exc. S. 78) eingewirkt hat; indess muss dazu bemerkt werden, dass jenes alte Curiatgesetz das Imperium im alten Sinne verlieh, nachdem zuvor durch die *creatio* die *potestas* begründet worden, während von den Regenten neuen Styls zuerst das Imperium (gewöhnlich in eigner Initiative) übernommen und ihnen dann erst die mit der alten Potestas vergleichbare Magistratsgewalt durch Volksschluss hinzugegeben wurde.

2) *c. 7. de vet. jure enucl.* (1, 17). — 3) *Gai.* 1, 5; *Ulp. fr.* 1. § 1. *de const. princ.* (1, 4).

4) s. Bruns *Fontes juris Rom.* (*ed.* 3) *p.* 118—120. Die in dieser *lex* sich wiederholende Wendung „*uti licuit Divo Augusto*" zeigt die nachhaltige Autorität August's; auch sonst beriefen sich spätere Regenten gern auf das „*exemplum Divi Augusti*", z. B. Galba bei *Tacit Hist.* 1, 15.

*magistratuum* des republicanischen Systems lag die Vollmacht, den *populus Romanus* zu vertreten, d. h. das *agere cum populo et cum Senatu,* sowie das *agere pro populo* gegenüber den Bürgern, Göttern und Nachbarn. — Dann folgen in jener *lex pro Vespasiano* Anhangsbestimmungen über das besondere (*extra ordinem* ertheilte) Recht, Amtsbewerber zu empfehlen (*commendare*) und das Pomerium zu erweitern, sowie die Freierklärung des Imperator von Gesetzen innerhalb der durch die bisherige Staatspraxis gezogenen Grenzen. Bemerkenswerth ist, daß in letzterem nicht der Princeps, sondern der Imperator genannt ist; wir sollten demgemäß correct sagen: *Imperator legibus solutus est,* denn nicht innerhalb des republicanischen Systems, sondern für sein *Imperium* war der Augustus von jenen Gesetzen frei; unter diesen den Augustus nicht bindenden Gesetzen werden dann überhaupt die Rechtsquellen der Kaiserzeit, d. h. die des *jus extraordinarium* verstanden. Im Bereich seines Imperium war der Augustus Souverän, und die *lex de imperio* erkannte dies am Schluß ausdrücklich an, nachdem in dem unmittelbar vorhergehenden Passus[1] durch eine allgemeine Formel die erweiterte *potestas* zusammengefaßt worden.

H. Wie gelangt endlich der Auserwählte zum Imperium? Das ist die eigentlich kritische Frage. Bald scheint er sich selbst zum Imperator zu machen, bald thut er dies auf Aufforderung des Senats (*appellatio Imperatoris*), bald der Legionen (*salutatio Imperatoris*), bald scheint der Senat geradezu als die creirende Macht im Staate. Bald heißt es vom Senat: *decernitur tribunicia potestas et nomen Augusti et omnes principum honores*[2] und ähnlich, bald aber: *facto Senatusconsulto Imperator est appellatus* und ähnlich. Oft wird *Imperium* und *tribunicia potestas* gemeinsam auf Senatsbeschluß zurückgeführt[3]. Dabei kommt nicht in Frage, daß für die *tribunicia potestas* insgemein nur der Senat, nicht die (faktisch bedeutungslosen) Comitien genannt sind, aber das fragt sich, ob für die Erwerbung des *Imperium* überhaupt ein Princip, ein staatsrechtliches Princip gegeben war. Mommsen verneint ein solches[4], und wirklich ist es schwer, in den Geschichtsquellen zwischen correcten und incorrecten Darstellungen, zwischen Fällen bloßer Courtoisie gegen den Senat und staatsrechtlicher Competenz desselben zu unterscheiden. Aber es ist undenkbar, daß es dem Imperium im Sinne August's an einem staatsrechtlichen Princip gefehlt habe; wäre das, so wäre das Augustische Staatssystem nimmermehr als eine Schöpfung römischen Geistes zu erkennen.

1) Gar zu oft sehen wir die Imperatoren sich neigen vor dem römischen Senat und dessen Oberhoheit theoretisch anerkennen, als daß nicht darin ein treibender Rechtsgedanke gefunden werden müßte; da der Kaiser, wie einst der *Princeps senatus* auch, Patricier seyn mußte, so ertheilte der Senat dem Plebejer, welcher das Imperium überkam, das Patriciat[5]; *de*- oder *conferre proconsulare imperium et tribuniciam potestatem* ist ein Ausdruck, welcher oft wiederkehrt und die creirende Action des Senats unmißverständlich wiedergibt. So müssen wir davon ausgehen, daß auch betreffs des Imperium dem Senat (als nunmehrigem Träger der alten eigentlichen Souveränetät) eine oberhoheitliche Competenz zusteht. Aber wo ist die Grenze derselben, denn oft genug erscheint wieder der Antritt des Imperium frei von der Senatsinitiative?

1) *„Utique quascunque ex usu rei publicae majestate divinarum humanarum publicarum privatarumque rerum esse censebit, ei agere facere jus potestasque sit“ etc.*
2) *Tac. hist.* 1, 47: Wahl Otho's. — 3) Vergl. Mommsen *ib.* S. 763. Anm. 4. und S. 1077.
4) Mommsen *l. c.* S. 842 (Anm.). 1077. 1079–1082. — 5) Mommsen *l. c.* S. 765.

Das Princip ist von mir oben schon angegeben worden, indem ich aus dem Privatrecht (*jus extraordinarium*) der Kaiserzeit das Verhältniß des *castrense peculium* zur *patria potestas parentis* herbeizog. Der *filiusfamilias miles* hat (seit August) das Recht, über sein militärisches Sondergut letztwillig zu verfügen; das Recht des *paterfamilias* erscheint suspendirt, und der Sohn kann die Suspension zur Definitive machen durch Testament — später auch durch Verfügungen unter Lebenden. Hat er nicht verfügt, so erwacht des Vaters Recht, und *jure peculii* fällt des Sohnes Sondergut in sein Vermögen zurück, *quasi jure postliminii.* Gerade so verhält sich's auch mit dem Imperium, der aus der Republik ausgesonderten militärischen Domäne des Augustus. Der Imperator hat sein Gebiet und seine Provinzen, über die er mit quasi-souveräner Gewalt gebietet, wie ja auch der *filiusfamilias miles* betreffs seines *castrense peculium loco patrisfamilias* ist. Der Imperator hat auch das Recht, letztwillig sich den Rechtsnachfolger im Imperium zu ernennen, und dieser tritt dann kraft Rechts letztwilliger Erbfolge an. So seit Augustus der vom Imperator, wie auch der vom *filiusfamilias miles* ernannte *heres.* Aber der Imperator hat dann auch das Recht, schon durch Rechtsakt unter Lebenden den Nachfolger zu bestimmen; das ist die zweite Stufe in der Entwickelung der abgezweigten Staatsherrlichkeit des Imperator. So seit Hadrian die Ertheilung des Cäsar-Prädicats, wie im Privatrecht die Gestattung der Freilassung castrensischer Sklaven und des Erwerbs des Patronats über sie seiten des *filiusfamilias miles*[1]. Machte freilich der regierende Augustus nicht Gebrauch, oder nicht wirksamer Weise Gebrauch von seinem Verfügungsrecht, so fällt das vacante Imperium *quasi jure postliminii* in den Schoß des *populus Romanus* (d. h. faktisch des Senats) zurück und das *jus antiquum* erwacht; der *populus Romanus* ist und bleibt eben der *parens omnium,* und nun handelt es sich um Creirung eines neuen Regenten, d. h. um neue Constituirung des Imperium (und der *tribunicia potestas*).

In merkwürdiger Weise hat dieser staatsrechtliche Zustand durch das berühmte Testament Octavian's, bez. durch das den Text eines Anhangs dazu enthaltende *monumentum Ancyranum* seine Signatur empfangen. Damit ist durch den Gründer des Augustischen Staatssystems die testamentarische Thronfolge zu einem Princip dieses Systems erklärt und geweiht worden. Auch dieser Gedanke athmet römischen Geist. Es war national-römisch, die Erbfolge vom testamentarischen Gesichtspunkt aus zu regeln; schon in den XII Tafeln stand der letzte Wille im Vordergrund des Erbrechts und immer nimmt seitdem das Intestaterbrecht nur eine secundäre Stelle ein. Diese Anschauung repetirt sich dann im Augustischen Zeitalter, indem die Bildung des *jus militare* zunächst im Gebiet des Testirens einsetzt und die ersten Privilegien des *miles* im Privatrecht dessen *testamenti factio* betreffen. Dem entspricht nun auch die neue staatsrechtliche Praxis, daß der Imperator den Nachfolger im Imperium letztwillig bestimmen kann. Von da aus ist die Entwickelung zu anderen Ernennungsmodalitäten fortgeschritten.

2) Der ursprüngliche Staatsgedanke Augusts über das rechtliche Schicksal des Imperium nach seinem Tode ist also, daß es dem zukommen soll, welchem er es letztwillig bestimmt hat. Ob dieser Staatsgedanke anfänglich

---

1) *fr.* 19. § 3. *de castr. pec.* (49, 17); *fr.* 22. *de bon. lib.* (38, 2); *fr.* 8. *pr. de jure patron.* (37, 14). Dazu Fitting d. *castr. pecul.* S. 125—9. Kuntze Cursus (*ed.* 2) § 938.

nur latent, d. h. eingehüllt in eine privatrechtliche *heredis institutio*, aufgetreten ist. kann gefragt werden; der Ausdruck im Testament des Kaisers Claudius, welcher seine Schwester Drusilla zur *heres bonorum atque imperii* einsetzte, scheint darauf hinzudeuten, und ebenso des Sueton Erzählung vom Testament des Tiberius, welcher seine Enkel Gaius und Tiberius zu Erben seines Vermögens in dem Sinne eingesetzt hatte, daß sie auch sein Imperium überkommen sollten. Indeß bald mußte sich der staatsrechtliche Gedanke zur Selbständigkeit hindurcharbeiten. Die Nachfolge in der Militärdomäne war etwas Anderes, als die im Privatvermögen; in letzteres konnten Frauen als Erben eintreten, in erstere ernstlicher Weise aber nicht, und der Erbschaftsantritt mußte sich im einen und anderen Falle anders gestalten.

Testamentarische Ernennung gibt nur Hoffnung, Anwartschaft, aber noch kein Recht; doch liegt der Gedanke der Designation nicht fern, und von dieser ist's nur ein Schritt zum Rechtsakt *inter vivos*. Der Gedanke der Designation, was heißt das? Er bedeutet, daß der Designirte bereits bei Lebzeiten des Designanten einen Rechtstitel (auf die Nachfolge im Imperium) erwirbt. Mommsen[1] spricht hier nur von einem „Vorschlag ohne verbindliche Kraft", was eine unbewiesene Behauptung und dem Augustischen System nicht entsprechend ist; jedenfalls finden sich von der Adoption, z. B. bei Tacitus (*hist. 1, 14*)[2], Aussprüche vor, welche derselben offenbar Rechtskarakter beilegen. Die der Designation eignende Rechtskraft ging wohl nicht soweit, daß sie wie ein Erbvertrag den designirenden Regenten selbst band; selbst die Adoption hätte er durch nachherige Emancipation wieder brechen können. Allein sie bewirkte, daß mit dem Ableben des Regenten *ipso jure* das Imperium (nicht das Principat) in der Person des Designirten erwachte, in dem Sinne, daß dieser es kraft der Willensbestimmung des Vorgängers und, wie wenn das testamentarisch angeordnet worden, als sein Recht übernehmen konnte.

Die Adoption war nur eine besondere Unterart der Designation. Mommsen bemerkt, daß bei August und Claudius die Adoption noch im Gewande eines privatrechtlichen Aktes auftrat: das entspricht der anfänglichen Anschauung von der *hereditas bonorum atque imperii*[3]. In der 2. Hälfte des Jahrhunderts jedoch erscheint die Adoption (Arrogation) als ein nach eigenen Grundsätzen behandelter staatsrechtlicher Akt; er kommt in Anwendung, wenn der zu designirende Nachfolger nicht agnatischer Descendent (*suus heres?*) des Regenten ist. In dem Uebergange von dem Familienbande zur Wahlkindschaft erblicken wir das Wachsthum der imperatorischen Selbstherrlichkeit, und es ist nur eine einfache Consequenz derselben, daß, wofern mehrere Erben da sind, der Regent durch Auswahl sein Designationsrecht ausübt[4]. Die spätere Zeit hat jene staatsrechtliche Adoption *adoptio regia* genannt[5].

In dieser Adoption liegt der Anfang des Gedankens, daß die Bestimmung der imperatorischen Nachfolge, welche anfangs als *negotium mortis causa* gedacht war, auch als *negotium inter vivos* statthaft sei. Zur Reife ist dieser Gedanke erst in der Ertheilung des *cognomen Caesar*, oder, wie

---

1) R. Staatsr. II. S. 1081.
2) Der selbst von Mommsen (S. 1081. Anm. 1.) in diesem Sinne angeführt wird.
3) s. oben. — 4) Eine privatrechtliche Parallele ist die *assignatio liberti*; s. Cursus § 804.
5) *Capitol. Anton. Philos.* 5 Dazu *Suet. Tib.* 15; *Galba* bei *Tacit.* 1, 15; *Capitol. Pius* 12; *Spartian. Ael. Ver.* 1. Vergl. Puchta Cursus I. § 88 a. E. Walter R. Rechtsgesch. I. § 272. Anm. 88. v. Wietersheim Gesch. d Völkerwanderung I. S. 39—44. Ihering Geist d. R. R. III. (*ed.* 2) § 58. S. 291.

Capitolin[1] sagt, *donatio Caesariani nominis* gelangt. Bis auf Hadrian ward Caesar als Titel von allen Mitgliedern des kaiserlichen Hauses geführt, aber Hadrian ertheilte den Cäsarnamen als Prärogative dem L. Aelius, dann dem Antoninus Pius bei ihrer Adoption, und damit „war festgestellt, daß das Cognomen Caesar nur demjenigen Descendenten des zeitigen Herrschers zukomme, der ihm zunächst steht und voraussichtlich ihm auf dem Throne nachfolgt"[2]. Auch das war noch eine Art Designation und wurde auch so genannt[3]; Victor[4] bezeichnet dieses Neue mit den Worten: *abhinc divisa nomina Caesaris atque Augusti*, und von anderer Seite wird dazu bemerkt: *primus Caesar est appellatus non testamento, ut antea solebat, neque eo modo, quo Trajanus est adoptatus.* Nun ist Allen deutlich geworden, daß der Regent nicht bloß letztwillig, sondern gewissermaßen auch *inter vivos* über die *imperatoria potestas*, bez. über Stücke derselben verfügen kann, wie ja seit Hadrian auch dem *filiusfamilias miles* verstattet ist, *inter vivos* über sein *castrense peculium* zu verfügen. Die *appellatio Caesaris*[5] (ἀποδεικνύειν Καίσαρα) ist Sache des Regenten, nicht des Senats[6]; sie macht den Ernannten nicht zum Mitregenten und gibt ihm keine gegenwärtige Staatsgewalt, aber das Recht der Nachfolge, in der That ein wohl unentziehbares Recht, wenn auch Eliogabalus den Versuch wagte, den Severus Alexander dieses Rechts wieder verlustig zu machen, indem er sich zu diesem Behufe principlos bald an den Senat, bald an die Legionen wendete[7]. Bis dahin hatte die Designation nur ein entziehbares, also precäres Recht gegeben, denn auch die Adoption konnte noch durch Emancipation willkürlich aufgehoben werden; aber die Erhebung zum Caesar gibt festes Recht. Anders Mommsen, dem ich nur darin beistimme, daß durch diese Designation nicht ein Recht auf die *tribunicia potestas* begründet wurde; der Regent konnte eben (direct) nur über die Nachfolge ins Imperium entscheiden; alles Andere im Reich gehört dem *Senatus populusque*, an welchen auch das Imperium dann zurückfällt, wenn der letzte Regent nicht für die Nachfolge wirksam gesorgt hat[8].

Der Gedanke des *negotium inter vivos,* wodurch die „Thronerledigung gewissermaßen vermieden" wurde[9], war ferner einer Steigerung fähig, welche in der That auch vorkam und später immer beliebter wurde. Ich will diese neue Erscheinung Mitregentschaft nennen, indem ich darunter das, was von Mommsen als Sammtherrschaft bezeichnet wird, zugleich mit verstehe. Sie kann als ungleiche und gleiche Theilnahme gedacht seyn; die erstere ist die ältere Erscheinung und hier zunächst in Betracht zu ziehen.

Die Stellung des Mitregenten, welchem die Regentschaft nur *secundo loco* übertragen ist, scheint technisch als *consortium*[10] *imperii* bezeichnet worden zu seyn: er ist der *secundus inter pares,* oder *minor collega.* Mommsen vermuthet, *consors tribuniciae potestatis* sei technisch gewesen, indeß kommt diese Bezeichnung, wie es scheint, nur ausnahmsweise vor; meist ist das *imperium* genannt; in der That konnte eben nur darüber der

1) *Clod. Albin.* 2. 3. Vergl. Mommsen *l. c.* S. 746. 1082.
2) Mommsen *l. c* S. 1083. — 3) *Lucius c.* 2.
4) *Caes.* 11; freilich in falscher Anwendung. — 5) *Vita Marci* 12; *Vita Commodi* 1.
6) s. Mommsen *l. c.* S. 1084. Anm. 5. — 7) *Vita Elogabali* 13.
8) Vergl. dazu Mommsen *l. c.* S. 1087. Anm. 3. 4. Ich kann daher Mommsen nicht beistimmen, wenn er (S. 1088) sagt, das Kaiserthum (dies versteht er unter „Principat") habe sich der im voraus regulirten Nachfolge freiwillig begeben. Ich halte diese Behauptung für einen staatsrechtlichen Grundirrthum und stimme darin wohl mit Hirschfeld Röm. Verwaltungsgesch. I. (1876) S. 8 überein.
9) „*Consortium et successio*".
10) Für *consortium* kommt auch *participatus* (*participatio*) vor. S. Mommsen *l c.* S. 1092.

Regent correcter Weise verfügen, und Mommsen[1] selbst führt aus, daß regelmäßig die Proconsulargewalt dem *consors* ertheilt worden. Es war eine Abnormität, wenn der *consors* zugleich als Mitträger der *tribunicia potestas* galt, und jedenfalls mußte dieses zweite Element ihm streng genommen besonders noch eingeräumt werden durch Senats- und Volksschluß[2]. Da der angenommene Mitregent nur *minor collega* war, hatte er keinen Anspruch auf den Augustustitel; er stand zum *Augustus* etwa so, wie einst der *Magister equitum* zum *Dictator*. Die Competenz des Mitregenten mag schwankend geblieben seyn[3], bis die Mitregentschaft sich zur vollen Collegialität erhob. Diese Erscheinung bildet den Schluß der Entwickelung und kommt einer Sprengung des Augustischen Principats nahe; sie bereitet auf den Auseinanderfall des Orients und Occidents, d. h. die staatsrechtliche Theilung des Reichs vor.

Die Ertheilung des Cäsartitels hatte nur Successionsrecht, die Berufung zum *Consortium imperii* eine nur secundäre und abhängige Mitgewalt, d. h. in ihren Grenzen noch vom Willen und bez. auch Specialmandat des regierenden Augustus abhängige Regierungsgewalt (als Zugabe zum Successionsrecht) begründet; die seit *Antoninus Philosophus*[4] vorkommende und durch *Severus Alexander* üblich werdende Mitregentschaft dagegen trat zwar unter einigen Schwankungen auf, welche sich namentlich auf die *tribunicia potestas* bezogen[5], aber sie entwickelte sich zu einem festen, von Mommsen als „Sammtherrschaft" bezeichneten Typus und fand ihren Ausdruck in der Ertheilung des Augustusprädikats[6]. Ihr Unterschied von der früheren unvollkommneren Art der Mitregentschaft war wohl nicht der von Mommsen[7] angegebene, sondern bestand wesentlich in der Verschiedenheit der Stellung des Mitregenten bei Lebzeiten des Augustus. Festes Successionsrecht hatte, wenigstens für das Imperium (die *proconsularis potestas*), schon der Caesar, dann auch der Consors gehabt; aber der Caesar war gar nicht, der Consors nur *minor collega* gewesen, der Mitregent neuen Styls wird sofort Augustus und damit Träger der vollen Regentengewalt neben dem älteren Augustus. Wie ehedem das Consulnpaar im Bereiche der Magistratur, also 2 gleiche Träger der realen *regia potestas*, so stehen jetzt die beiden *Augusti* zu einander als paritätische Collegen. Sie haben *par imperium*[8], *aequo jure imperium*[9] und werden als *pari potestate collegae*[10] bezeichnet. Freilich bedarf es dazu, wie bei dem ersten Regenten auch, noch einer ausdrücklichen Festsetzung hierüber, bez. eines Senats- und Volksschlusses, damit der zweite Imperator die *tribunicia potestas* und den vollen Gehalt des Augustusprädikats erlange; aber

---

1) *l. c.* S. 1096. 1098. Anm. 1. S. 1102.

2) Cooptation kann hier schwerlich der staatsrechtliche Modus gewesen seyn, obschon sie genannt wird. S. Mommsen *l. c.* S. 1103.

3) Mommsen bezeichnet sie als „secundäre proconsularische Gewalt"; er bemerkt von ihr: „Der Mitregent hat wohl das Imperium, aber gewissermassen als *imperium nudum*; er hat weder den Mitbefehl über die Garde und die Flotte, noch die Mitverwaltung der kaiserlichen Provinzen" — und vermuthet, diese Gewalt sei zum letzten Male an *Commodus* verliehen worden (S. 1100. 1101. 1110).

4) *Marcus post excessum D. Pii a Senatu coactus regimen publicum capere sibi participem in imperio designavit, quem L. Aurelium Verum Commodum appellavit Caesaremque atque Augustum dixit. Capitol. M. Anton* 7.

5) Vergl. Mommsen *l. c.* S. 1106.

6) „Seitdem ist die Sammtherrschaft eine recipirte Staatsform, welche je nach Umständen bald zwischen Vater und Sohn, bald zwischen 2 Brüdern, bald in anderer Weise, als Zwei- oder Dreiherrschaft zur Anwendung kommt; und sie ist später einer der Grundpfeiler des diocletianisch-constantinischen Systems geworden". Mommsen *l. c.* S. 1110.

7) dass der ungleiche Mitregent nach des Regenten Tode zur Succession noch der Anerkennung durch Senat und Volk bedürfe. — Dies konnte sich höchstens auf die *tribunicia potestas* beziehen, und auch nur dann, wenn der *Consors* diese nicht schon vorher erlangt hatte.

8) *Vita Severi* 20. — 9) *Eutrop.* 8, 9. — 10) *Ammian.* 27, 6, 16.

das geschieht eben[1], und der neue Imperator und Augustus hat nicht bloß ein schwebendes, secundäres Recht, sondern volles Recht und nicht bloß Mitrecht, sondern auch Mitbesitz der principalen Vollgewalt[2], nach Art der eigentlichen *contutela*[3]. Es ist ein *jus in solidum* und der Theilungsgedanke begrifflich fern, um so näher der thatsächliche Schritt von da zu einer *tutela regionibus divisa;* „Competenztheilung ist der Sammtherrschaft der Principes an sich eben so fremd, wie derjenigen der Consuln; die Theilung des Reiches in Regentenbezirke ist eine der folgenreichsten Neuerungen Diocletians“[4]. Die Zeit von Augusts Principat bis zu Diocletians Herrschaftssystem ist also durchzogen von einer Kette staatsrechtlicher Begriffe, welche einerseits stufenweise wie mit logischer Evolution die Trennung des Orients vom Occident signalisiren und vorbereiten helfen[5], anderseits aber auch Zeugniß geben von dem noch immer nicht erloschenen, mit juristischem Instinkt arbeitenden Römergeist, an dessen Ignorirung einst Caesar und seine Schöpfung zu Grunde gegangen.

J. Eigentliche Verfassungsgesetze sind weder durch Augustus, noch durch seine Nachfolger erlassen worden; die Umgestaltung vollzog sich in der Hauptsache instinktiv und durch Thatsachen, nicht durch geschriebene Worte. In dem im *monumentum Ancyranum* enthaltenen *Index rerum a se gestarum* hat Augustus die Grundgedanken seines Systems angedeutet; der Staat blieb bis auf Diocletian, den Retter aus neuen Wirren, in der Augustischen Bahn; der antike Geist konnte seinen Nachsommer feiern und eines ehrenvollen, natürlichen Todes sterben.

Fragen wir, nachdem wir im Augustus den Imperator und den Princeps unterschieden haben, endlich, von welcher Seite hauptsächlich die Absorption der senatorischen Republik erfolgte, so ist die Antwort: vom Princeps, d. h. in der *tribunicia potestas* mit ihren Anhangsclauseln lag der Anfang einer allmählichen Aufzehrung des *nomen populi Romani.* Das Wachsthum der Augustischen Präponderanz läßt sich verfolgen an der Erweiterung des Fiscus, an der Verstärkung und Consolidirung des *Consilium Principis*, und an der Vermehrung der Edikte, Decrete und Reskripte: lauter Momente, durch deren Steigerung die Zeit Hadrians einen hervorragenden Abschnitt bildet. Kennten wir die Entwickelung des Augustalenordens genauer, so würde auch diese uns das Bild jenes Wachsthums noch von einer interessanten und wichtigen Seite zeigen.

## IV.

### Die Kaiserbezeichnung bei den römischen Juristen[6].

Zu § 279] Es war römischer Curialstyl der Kaiserzeit, wenn ein verstorbener und der Consecration theilhaftig gewordener Kaiser aufgeführt wurde, seinem Namen die Ehrenbezeichnung *Divus* vorzusetzen, welche Lebenden nie zukam. Die Juristen schlossen sich in ihren Schriften dieser

---

1) *Vita Veri* 4: *dato imperio et indulta tribunicia potestate, proconsulatus etiam honore delato. Vita Maximi et Balbini* 8: *Decretis omnibus honoribus . . . iniverunt imperium.*

2) *Tum primum Romana res publica duobus aequo jure imperium administrantibus paruit. Eutrop. l. c.*

3) *Condominium* kann man nicht vergleichen, weil hier *partes pro indiviso* sind.

4) Mommsen *l. c.* S. 1111. — 5) S. oben S. 276. 277.

6) Ich gebe hier im Wesentlichen die Resultate der Untersuchung von Mommsen in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. IX (1870). S. 97—116. Vergl. auch Fitting Ueb. d. Alter d. Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander (1860).

Regel an, wie noch in Justinian's Digesten ersichtlich ist, und dieser Umstand ist ein wichtiges Moment für die Bestimmung der Zeit der Werke römischer Juristen. Am wenigsten hat sich Papinian, namentlich in seinem früheren Werke *Quaestiones*, an jenen Gebrauch gebunden. Anderseits pflegen die römischen Juristen das Prädikat Imperator nur dem derzeitigen lebenden Regenten zu geben, woraus Mommsen u. A. schließt, „daß der Ediktcommentar Ulpian's um 212 zum Abschluß gebracht und herausgegeben worden ist, die Ausarbeitung desselben aber zum großen Theil bereits vor dem Tode des Severus 211 stattgefunden hat".

Einzelne hervorragende Kaiser anlangend, so wird *Antoninus Pius* bald *Divus Antoninus Pius*, bald *Divus Antoninus*, bald *Divus Pius* genannt; die zweite Benennung herrschte anfangs, seit des *Antoninus Philos.* Tode aber die dritte vor. *Antoninus Philosophus* wird einige Male [1] auch *Divus Antoninus*, sonst constant *Divus Marcus* [2] genannt; auf ihn mit seinem Bruder und Mitregenten zusammen geht die oft wiederkehrende Bezeichnung *Divi Fratres*. *Caracalla* ward unter dem Namen *Divus Antoninus Magnus* consecrirt, aber „nirgends findet sich *Divus Magnus* allein, und wo Vater und Sohn zusammen genannt werden, heißen sie regelmäßig *Divi Severus et Antoninus*". Dagegen kommt für ihn auch die Bezeichnung *Divus Antoninus* vor. — „Im Allgemeinen ergibt sich, daß die Bezeichnung *Divus Antoninus* an sich auf *Pius*, *Marcus* und *Caracalla* mit gleichem Recht bezogen werden kann, aber eben deßwegen von den nach Marcus' Tode schreibenden Juristen, ausgenommen wo durch Verbindung die Beziehung klar ist, mit wenigen Ausnahmen vermieden worden ist".

*L. Septimius Severus* wird gewöhnlich einfach *Severus* genannt; *M. Aurelius Severus Alexander* heißt nie *Severus* allein, sondern entweder *Severus Alexander* oder *Alexander Severus*, gewöhnlich aber einfach *Alexander* [3].

## V.

## Der Reichscensus.

Zu § 280 u. 289] „Die unerwarteten Hülfsquellen, welche sich den Römern durch die Eroberungen der Provinzen eröffneten, veränderten vollständig die Grundlage der früheren staatswirthschaftlichen Einrichtungen. Nach der Eroberung Macedoniens wurde im Jahre 167 v. Chr. das *tributum* für immer aufgehoben [4]. Es sind zwar später, namentlich während des Triumvirats im J. 43, willkürliche Auflagen nach Art des alten *tributum temerarium* gemacht worden, allein theils trafen diese nicht die Bürger ausschließlich, theils lag dabei ein Census nicht zu Grunde, da dieser seit dem J. 70 nicht gehalten war. Während der Kaiserzeit ist das alte *tributum* in Italien nicht gezahlt worden [5]; erst Diocletian und Maximian führten das Provinzialtributum in Italien ein [6]. Nach dem Jahre 167 waren somit die röm. Bürger von directen Steuern frei, und seit 89 erstreckte sich diese Steuerfreiheit auf ganz Italien. Einer der Hauptzwecke des Census, die Feststellung des Ver-

1) Vergl. darüber Mommsen *l. c.* S. 111.
2) z. B. *Decretum Divi Marci* über Selbsthülfe.
3) Zimmern R. Rechtsgesch. I. 1. S. 146. Puchta Cursus I. § 86.
4) *Plin. Hist. nat.* 33, 17; 33, 3. § 56. *Cic. de off.* 2, 22.
5) s. Huschke Ueb. d. Census d. Kaiserzeit S. 70—75.
6) s. v. Savigny Verm. Schr. II. S. 109 ff.

mögens der röm. Bürger, war dadurch aufgehoben, und als mit dem Beginn der Kaiserzeit auch die Volksversammlungen aufhörten, deren Organisation noch immer auf den Censuslisten beruht hatte, so behielt das ohnehin in seinem Princip wesentlich veränderte Institut des Census in Beziehung auf die röm. Bürgerschaft nur noch eine untergeordnete Bedeutung. Augustus ließ im Jahre 3 n. Chr. nur diejenigen Bürger dem Census unterwerfen, welche 200,000 Sest. oder darüber besaßen[1], weil von diesem Vermögen der Eintritt in die 4. Richterdecurie und von dem höheren die Aufnahme in den *ordo equester* und *senatorius* abhing; auch mag für die später von ihm eingeführte Erbschaftssteuer der Census die Grundlage gebildet haben[2].

„Die Republik endete mit einer vollkommenen Erschöpfung der finanziellen Mittel des Staats. Schon Cäsar hatte bei dem Beginn des Bürgerkriegs die Staatscasse bis auf den letzten Bestand in Anspruch genommen. Als nach seinem Tode der Krieg auf's Neue entbrannte, sahen beide kämpfende Parteien sich genöthigt, sowohl in Italien durch die unerhörtesten Auflagen Geld zusammenzubringen, als auch die Provinzen durch die unglaublichsten Contributionen zu ruiniren. In Asien brach in Folge dessen ein allgemeiner Bankrott aus, und die schon vorher drückende Verschuldung der Provinzialen stieg auf das Aeußerste[3], während das Aerarium zuweilen aller Mittel beraubt war[4]. Dabei vergrößerten sich die Ausgaben im Anfange der Kaiserzeit namentlich durch den Aufwand für das Heer, das theilweise entlassen und versorgt, theilweise erhalten und bezahlt werden mußte, da auf ihm die Sicherheit der neugegründeten Monarchie beruhte. Eine Steigerung der (Provinzial-) Abgaben war unter den damaligen Verhältnissen unmöglich; es mußte vielmehr eine gerechtere und gleichmäßigere Vertheilung der Staatslasten bewirkt werden, bei welcher der Wohlstand der Provinzen wieder gehoben, und auch die röm. Bürgerschaft wieder in Anspruch genommen werden konnte. Augustus löste diese Aufgabe, und wie er der ganzen Verwaltung eine neue Organisation gab, so hat er auch für das Abgabenwesen eine neue Grundlage geschaffen[5] und zuerst einen festen Etat für die Einnahmen und Ausgaben des Staats aufgestellt, den er am Ende seiner Regierung in dem von ihm abgefaßten *Rationarium* oder *Breviarum imperii* den Behörden und dem Senat vorlegte[6]. Die Grundlage war ein allgemeiner Reichscensus nach einem neuen Princip. Ihm ging voran eine statistische Aufnahme des ganzen Reichs in dreierlei Beziehung, nämlich 1) eine geographische Vermessung, 2) eine Ackervermessung und 3) eine Zählung sämmtlicher Einwohner des Reichs. Die geographische Vermessung geschah unter der Aufsicht des Agrippa[7]. Nach ihnen wurde in der *Porticus Vipsania* eine Weltkarte entworfen, welche wahrscheinlich wenigstens mittelbar in der *Tabula Peutingeriana* und dem *Itinerarium Antonini* zu Grunde liegt“[8].

„Der Reichscensus war ein durchaus neues Institut, welches erst möglich wurde, nachdem der Unterschied des herrschenden röm. Volks und der unterworfenen Bevölkerung der Provinzen durch die Unterordnung beider

---

1) *Dio* 55, 13. — 2) Marquardt Röm. Alterth. III. 2. S. 136. Vergl. Huschke *l. c.* S. 75 ff.
3) s. Marquardt III. 1. S. 291. — 4) s. Bachofen Ausgew. Lehren des röm. Civilr. S. 331.
5) s. Huschke Ueb. den zur Zeit der Geburt Jesu Christi gehaltenen Census (1840). Petersen die Kosmographie des Augustus und die Commentarien des Agrippa, im Rhein. Mus. f. Philol. 1852. S. 161—210.
6) s. Böcking Ueber d. *notitia dignitatum* (1834). S. 77 ff.
7) s. Frandsen, M. Vipsanius Agrippa, Eine hist. Unters. (1836). S. 183 ff.
8) Marquardt *l. c* S. 163. 164. Dazu Ritschl d. Vermessung d. röm. Reichs, im Rhein. Mus. f. Philol. 1842. S. 481 - 523.

unter ein gemeinsames Oberhaupt aufgehoben und das Reich zu einem organischen Ganzen vereinigt war. Er beruhte nicht auf einem religiösen, den Römern eigenthümlichen Elemente, wie die alte Censur; er hatte nichts zu thun mit der *praefectura morum*, die sich schon am Ende der Republik von der Censur gesondert hatte; er hatte nicht den Zweck, die politischen Rechte der Bürger festzustellen, sondern er war im Allgemeinen eine Uebertragung des in den Provinzen eingeführten Censusverfahrens auf das ganze Reich und wurde von dem Kaiser vermöge seines *imperium proconsulare* in demselben abgehalten, zum Theil, und namentlich in den Provinzen des Volks durch die Statthalter, in den kaiserlichen Provinzen auch durch eigne Beamte (*censitores*). Die neuen Censusregister wurden nicht mehr, wie ehedem, für die einzelnen Communen unabhängig von einander geführt, sondern umfaßten die ganze Provinz und wurden in Rom deponirt. Der Zweck des Reichscensus war ausschließlich die Feststellung des Vermögens der Unterthanen und ihrer danach zu zahlenden Abgaben. Auch hierin aber wurde ein neues Princip befolgt. Sowohl der alte Census der röm. Bürger war ein persönlicher gewesen, als auch die Provinzialsteuer (*stipendium*) eine persönliche Abgabe. Die Römer hatten sich in Rom zum Census zu stellen und dort ihr Eigenthum, auch wenn dieses außerhalb Italien lag, angeben müssen; erst am Ende der Republik war dieser Grundsatz nicht mehr beobachtet worden; unter den Kaisern ist er gar nicht mehr in Geltung. Damals censirte man nach Ländern, Jeden da, wo er sein Eigenthum hatte, und die Eintheilung Italiens in Regionen ist zu diesem Zweck von Augustus gemacht worden. Die Bedeutung dieses territorialen Census liegt darin, daß die Grundstücke in ihm als selbständige Bestandtheile des Staats angesehen werden, und der Census von dem Grundstücke, nicht von der Person erhoben wurde. Da es nämlich nunmehr nur auf die Leistungen der Unterthanen an den Staat, nicht auf die Berechtigung desselben im Staate ankam, so ist sein Eigenthum, namentlich in liegenden Gründen, das eigentliche und alleinige Objekt des Census[1]. Aus dem territorialen Princip des neuen Census ergab sich ferner eine Trennung der bisher üblichen Vermögenssteuer in zwei verschiedene Abgaben, nämlich eine Grundsteuer (*tributum soli*), welche allein auf den Landbesitzern lastete und die Hauptrevenue des Reichs während der Kaiserzeit blieb, und eine Steuer derjenigen, die ohne Grundbesitz waren (*tributum capitis*, Kopfsteuer), die als eine Ergänzung der erstgenannten Hauptaufgabe zu betrachten ist[2]. Die Grundbesitzer (*possessores*) bilden seitdem einen eigenen Stand, welcher, wie er hauptsächlich belastet war, so auch mit besonderen Vorrechten ausgestattet wurde“[3].

„Das neue Censusverfahren erstreckte sich über Italien und die Provinzen, zu welchen letzteren in dieser Beziehung auch die *liberae civitates*, insofern sie nicht ein besonderes Privilegium der Immunität genossen, und die abhängigen Königreiche gehörten. So wie die Römer die Verfassung dieser Staaten selbst feststellten, so führten sie in ihnen auch den Census ein, welchem die Provinz unterworfen war, damit nach ihm, wenn gleich durch einheimische Beamte, das *tributum* gleichmäßig erhoben werden konnte; und dies war in den Königreichen um so nöthiger, da dieselben doppelt belastet waren durch die Steuern an die Römer und die daneben erforderliche

1) s. Huschke Ueber den Census und die Steuerverfass. der früheren Kaiserzeit (1847). S. 60. 62. 88. Marquardt III. 1. S. 56. Walter Röm. R.-Gesch. I. § 323–6.
2) *fr.* 8. § 7. *de censib.* (50, 15). — 3) s. v. Savigny Verm. Schr. II. S. 37.

Unterhaltung eigener Könige. In Beziehung auf die **Abgaben** aber, die auf dem Census basirt waren, dauerte auch in dieser Periode der Unterschied Italiens und der Provinzen fort. Die röm. Bürger wurden zwar in derselben einer Besteuerung unterworfen, aber der italische Boden blieb steuerfrei, bis zu Ende der Periode, wo die Vollendung der Monarchie auch die Gleichstellung Italiens und der Provinzen vollständig machte und Italien dem Provinzialtributum unterwarf"[1].

„Die neuen Arten von Abgaben, welche Augustus einführte, trafen vorzugsweise die Römer. Um den erhöhten Bedürfnissen des Militärwesens zu genügen, verordnete der Machthaber gleich nach den Bürgerkriegen die Abgabe eines Procents von allen in Rom und Italien zum Verkauf gebrachten Gegenständen (*centesima rerum venalium*)[2]. Der Handel mit Sklaven war höher besteuert. Augustus führte die Abgabe von 2 Procent vom Werth des Sklaven ein, welche später auf 4 Proc. erhöht wurde[3] (*vectigal quintae et vicesimae venalium mancipiorum*). Noch ergiebiger war die Erbschaftssteuer, welche der Oberherr einführte (*vicesima hereditatum et legatorum*)"[4].

Schon früher soll eine solche Erbschaftssteuer angeordnet gewesen seyn[5]. „Daß aber das Augustische Gesetz als eine neue Auflage betrachtet wurde, zeigt der Widerstand, den dasselbe bei seiner Einführung fand, und den Augustus nur durch die Drohung, das *tributum soli* auch in Italien einzuführen, besiegte. Aus dieser Drohung sieht man, daß der Kaiser die Erbschaftssteuer als ein Aequivalent für die Grundsteuer betrachtete. Dies neue Gesetz verordnete, daß der röm. Bürger[6] von jeder ihm zufallenden Erbschaft, ebenso von jedem Vermächtniß 5 Procent an den Staat abzugeben hatte. Frei von der Abgabe sind indessen die nächsten Blutsverwandten, und die Erbschaften unter 100,000 Sest.[7] Die Steuer traf also ausschließlich die Begüterten und nahm zum 1. Mal die ungeheuren Reichthümer in Anspruch, welche sich während der Kaiserzeit in den röm. Familien angehäuft hatten. **Gibbon**[8] berechnet, daß in zwei bis drei Generationen das gesammte Vermögen der Privaten durch den Staatsschatz ging. Unter **Caracalla** wurde die Erbschaftssteuer nicht nur vorübergehend um das Doppelte erhöht, sondern auch, um die ganze Einwohnerschaft des röm. Reichs dazu heranzuziehen, **das Bürgerrecht an alle Bewohner der Provinzen verliehen**, welche nunmehr neben dem Provinzialtributum auch die Erbschaftssteuer entrichteten" (wahrscheinlich aber mit Ausschluß des schon dem *tributum* unterworfnen Grundbesitzes)[9].

Eine besondere Einnahmequelle bildeten endlich noch die verschiedenen Arten von Strafgeldern, die wegen Majestätsverbrechen confiscirten, wegen Unwürdigkeit entrissenen, wegen Erblosigkeit vacanten und unter dem Titel der Caducität eingezogenen Güter: ebensoviele Verwaltungszweige unter besonderen Beamten[10].

---

1) Marquardt III. 2. S. 171—5. Vergl. v. Savigny Verm. Schr. II. S. 105. 151 ff. Huschke *l. c.* S. 72 ff.
2) *Tac. Ann.* 1, 78. — 3) *Dio* 55, 31.
4) Hoeck Röm. Gesch. I. 2. S. 291. Dazu Marquardt III. 2. S. 210.
5) s. Bachofen d. *lex Voconia* (1843) S. 121. Dagegen Huschke Cens. d. Kaiserzeit S. 74.
6) nur solcher: *Plin. Panegyr.* 37—39. — 7) s. Bachofen S. 340.
8) c. 6 a. E.; dazu Bachofen S. 330. — 9) Marquardt III. 2. S. 195. 196.
10) Vergl. Ders. *l. c.* S. 211.

## VI.
## Colonien.

Zu § 294] Unter die kaiserlichen Reservatrechte, welche zum Gebiet des Imperator zu rechnen sind, gehört auch die Gründung neuer Colonien[1], denn die Contingente dazu wurden vorzugsweise aus dem Soldatenstande entnommen, und das Netz der Colonien bildete ein Stück im System der Schutzwehr des Reichs. Die neuen Colonien und die stehenden Heerlager (*castra*) wurden die Städte des Imperator. Auch konnte, insoweit es sich bei der Einrichtung einer neuen Colonie um Ertheilung des Bürgerrechts an dortige bisherige Einwohner handelte, das kaiserliche Recht dieser Ertheilung an die alte durch Volksschluß dem Feldherrn oft ertheilte Gewalt dieser Art angeknüpft werden.

„Was zuerst die äußeren Verhältnisse betrifft, so unterscheiden sich die s. g. Bürgercolonien der 1. Periode von den Militärcolonien der letzten nicht, wie man aus dem Namen schließen möchte, durch die Art der Colonisten — denn einerseits hatten auch die alten Colonien rein militärische Zwecke und dienten gleichfalls zur Versorgung ausgedienter Soldaten, anderseits sind nicht nur die Soldaten der Kaiserzeit Bürger, sondern es sind auch die Colonien dieser Periode zur Versorgung der städtischen Plebs, wie früher, angewendet worden — sie unterscheiden sich ferner nicht durch den Ritus der Ausführung, welcher im Ganzen unverändert blieb, sondern ausschließlich durch die Personen, durch welche die Deduction verfügt und vollzogen wurde. Die älteren Colonien wurden auf Antrag eines Consuls oder Tribunen und auf Grund eines *Sctum*, in welchem die Zahl der Colonisten, die Landanweisung und die Behörde, welche die Anlage ausführen sollte, bestimmt war, durch einen Volksbeschluß (*lex colonica*) angeordnet, und die Wahl der Commission, welcher dieser Auftrag gegeben wurde, und welche gewöhnlich aus 3 Personen (*triumviri coloniae deducendae agroque dividundo*) bestand, ebenfalls vom Volke in Tributcomitien vorgenommen. Die Commission empfing durch eine *lex curiata* das *imperium* für die Dauer des Geschäfts, namentlich das Recht, zu entscheiden, was als *ager privatus* anzuerkennen oder als *ager publicus* in Anspruch zu nehmen sei. Die Mitglieder der Commission blieben auch nach Vollendung der Deduction als *Patroni* der Colonie in dauernder Beziehung zu derselben[2]. Die Militärcolonien der Kaiserzeit sind dagegen ohne Mitwirkung des Volks durch den Imperator auf Grund seines *imperium* angeordnet, und nicht durch eine gewählte Commission, sondern durch einen Legaten des Kaisers ausgeführt, so daß die militärische Organisation des ganzen Beamtenwesens, welche die Monarchie mit sich brachte, auch in diesem Zweige der Verwaltung erkennbar ist. Dieses neue Verfahren bei der Assignation der Ländereien ist aber ebensowenig plötzlich entstanden, als die Monarchie selbst; Sulla, der als Begründer der Militärcolonien zu betrachten ist, ließ sich die Vollmacht zur Gründung seiner Colonien noch durch die *lex Valeria* übertragen, und scheint die Ausführung derselben einer Civilcommission überlassen zu haben; Cäsar setzte in seinem 1. Consulate (59 v. Chr.) seine *lex agraria* mit Gewalt durch und ließ seine Colonien durch *vigintiviri* deduciren; erst während seiner Dictatur bediente er sich zur Aeckerassignation seiner *legati*, und hierin folgten ihm die Triumvirn des Jahres 43 und

1) Vergl. Mommsen R. Staatsr. II. (*ed.* 2) S. 853—5. — 2) *Cic. pr. Sull.* 21.

später die Kaiser"[1]. „Der Soldat verdankte seine Versorgung nunmehr nicht dem Staate, sondern der Person des Imperators. Die Ansiedelungen sind zwar theilweise in Italien auf vacant gewordenen Ländereien (zuletzt unter Nerva) bewirkt, allein seit Cäsar auch in den Provinzen, zuerst namentlich in Spanien und Gallien in größerer Anzahl gegründet". „Der ursprüngliche Bauernstand Italiens war ausgerottet, die großen Güter wurden durch Sklaven bearbeitet, welchen die Provinzen den Unterhalt liefern mußten[2]. Die überall und wiederholt angesiedelte Soldatenmasse, großentheils ohne Frauen und Kinder, schmolz so schnell zusammen[3], daß die italischen Städte, einstmals die unerschöpfliche Quelle der röm. Militärmacht, spärlich bevölkert, theilweise verödet waren, und ein fortwährender künstlicher Ersatz durch neue Ansiedelungen für die Erhaltung derselben nothwendig war. In den Provinzen, wo die Abnahme der Bevölkerung zwar etwas später, aber seit Hadrian in dem Grade merklich wurde, daß man barbarische Stämme für die Zwecke des Ackerbaus in dieselben aufzunehmen gezwungen war, trat außerdem das Bedürfniß militärischer Ansiedelungen wegen der Sicherheit gegen äußere und innere Feinde ein, welches bei den Colonien der Kaiserzeit bis zuletzt maßgebend geblieben ist". „Die ersten Städteanlagen in neu gewonnenen barbarischen Ländern wurden nicht durch Soldaten, sondern durch die Einwohner des Landes selbst auf Anordnung des Kaisers vorgenommen, von welchem sie häufig den Namen führen, ohne daß sie deshalb für Colonien zu halten sind; unter den vielen Ortschaften, mit welchen Trajan das verwüstete Dacien neu bevölkerte, waren nur 4 Colonien". „Als Colonien sind nur diejenigen Ansiedelungen zu betrachten, in welchen röm. Bürger zu einer neuen Gemeinde durch eine besondere *lex coloniae* constituirt wurden[4]. Seit Hadrian ist das Privilegium einer Colonie, wie es scheint, als bloßer Titel auch an Städte übertragen worden, in welchen eine neue Ansiedelung nicht vor sich ging. Daneben aber bestehen die eigenthümlichen Colonienanlagen, besonders in den Grenzprovinzen, fort. Die letzte wirklich ausgeführte Colonie ist Verona, welches, von Trajan gegründet, im Jahre 265 durch Gallienus nochmals eine Ansiedelung erhielt; noch später, vielleicht unter Diocletian, ist Nicomedia in Bithynien zum Range einer Colonie erhoben. Unter Constantin ist das Institut der Colonien nicht mehr vorhanden"[5].

## XXXIV. Kapitel.

### II. Die Rechtsquellen.

(Zu § 296–322.)

### I.

### Die privatrechtliche Legislation unter Augustus (*Lex Julia et Papia Poppaea; Lex Aelia Sentia* und *Fufia Caninia*).

Nur unter Augustus ist noch in erheblicher Weise auf dem Wege der republikanischen Legislation (*rogatio ad populum, jussus Populi in comitiis*), wenn neue Rechtssätze kraft der Souveränetät zu schaffen waren, vorgegangen worden, denn da war das Ansehn des Senats noch nicht in dem Grade

1) s. Zumpt *Comment. epigr. p.* 249. 301. 444. — 2) *Tac. Ann.* 14, 27.
3) *Tac. Ann.* 3, 54. — 4) *Hygin. de cond. agr. p* 118. 164.
5) Marquardt III. 1. S. 311–4; 335–341. Vergl. Zumpt *l. c. p.* 437.

erstarkt, und der Senat noch nicht genügend geordnet, um den Comitien diese Ehrenlast und Prärogative abzunehmen; die definitive Rehabilitirung des Senats ist eines der späteren Werke August's. Die Comitialgesetze unter Tiberius sind zum Theil problematischen Datums[1], und diejenigen unter Claudius mehr künstliche Imitationen vergangener Zeiten, als Ausflüsse realen Staatslebens.

Die Augustischen Hauptgesetze privatrechtlichen Inhalts gehören nicht der Anfangszeit des neuen Regiments an. Augustus war mit Recht zunächst beflissen, das *jus publicum,* gleichsam den Himmel der neuen Ordnung, zu klären und zu befestigen; erst dann legte er Hand an das *jus privatum,* gleichsam die Erde der neuen Ordnung. So erfuhren Himmel und Erde, d. h. Staat und Haus, die obere und die untere Region des Rechts, eine Umwandlung, und August kann im vollen Sinne ein Regenerator des römischen Universums genannt werden. Wenn er mit seinen ungewöhnlichen und ausdauernden Anstrengungen nicht eine wirkliche und innere Wiedergeburt und Gesundung der römischen Gesellschaft erreichte, so lag das nicht an ihm, sondern an seiner Zeit, an den dürftigen Mitteln, welche auf der Grundlage des Heidenthums dargeboten waren, und an der Verkommenheit der religiösen und sittlichen Grundsätze des alternden Heidenthums. Was mit den Mitteln des damaligen Heidenthums überhaupt noch möglich war, das ist durch Augustus angestrebt und auch annähernd erreicht worden. Er war als socialer Regenerator nicht minder bedeutend, denn als politischer; er hat auch auf socialprivatrechtlichem Gebiet nicht Umsturz geplant, sondern mit weiser Mäßigung das Neue in den alten Rahmen eingefügt und dem antiken Geist so viel Boden gelassen, als er noch Kräfte besaß.

Augustus verstand seine Zeit. Er wollte dem Reiche die rechte Bürgerschaft sichern. Darum galt es, das Römerblut sowohl zu beleben, als auch zu schützen. Das Eine versuchte er durch Hebung der römischen Familie, das Andere durch Eindämmung des barbarischen Proletariats. Mehrung und Reinhaltung der Bürger: dieser Zweck war ein ächt römischer Gedanke; freilich das Mittel dazu: ein System von Strafen, Belohnungen und Schranken im Gebiet des Privatwillens, war neu und nicht römisch, und darum der zähe Widerstand fast aller Parteien gegen die legislativen Pläne des Augustus, welcher nur nach langen Kämpfen und unter mannichfachen Compromissen der in ihren tiefsten Gelüsten, Neigungen und Traditionen aufgerührten Gesellschaft das neue System aufnöthigte. Wie die abgezweigte Souveränetät des Imperator-Princeps einem aus fremder Masse bestehenden Keil gleich in den alten Staatsorganismus hineingetrieben ward, so liegt auch in der privatrechtlichen Gesetzgebung des August, obschon sie noch innerhalb des antiken Rahmens zu Stande kam, ein Zusatz neuer Art, welcher keilartig in den Organismus des *antiquum jus* eindrang, sofort als *novum jus* empfunden ward, die Sprengung des Rahmens drohte und gewissermaßen den Unterbau für das allmählich erstehende Gebäude des kaiserlichen *jus extraordinarium* abgab.

### A. *Lex Julia et Papia Poppaea.*

In der Familie wurzelt die menschliche Gesellschaft. So lange die Wurzel gesund bleibt, darf die Hoffnung nicht sinken; ist die Wurzel zerrüttet,

1) s. Mommsen i. Bekker's Jahrb. II (1858). S. 339. Kuntze Cursus § 200 a. E.

so beginnt das Sterben; den Krankheiten der Wurzel muß am entschiedensten begegnet werden. Es galt also damals in Rom vor Allem, die Familie zu heben. Die Familie aber ruht auf der Ehe; diese zu regeneriren, war daher Augustus beflissen. Er suchte sie zu befördern, indem er bestehende Ehen schützte und die Eingehung von Ehen begünstigte. Er that dies weniger durch selbständige Strafen auf criminellem Wege, als durch Rührung des Egoismus und Zuhülfenahme der Gewinnsucht; will man Augustus darum tadeln, daß er sein Geschlecht an der Seite faßte, wo es allein noch zu fassen war? Man hat ganz richtig bemerkt, die Ehelosigkeit der Augustischen Zeit sei die Polygamie in der rohesten Form der verkommenen Uebercultur gewesen: Augustus suchte die Familienimpotenz mit der Incapacität zu bekämpfen. Galt doch von jeher den Römern die Familie wie ein Stück des Vermögens, jetzt sollte die Familie vom Standpunkt des Vermögens aus gerettet werden. Das Heidenthum lieferte keine anderen Mittel mehr, und Augustus konnte unmöglich neue Mittel aus Nichts schaffen, er mußte die vorhandenen suchen. Rom war einst gegründet nicht eigentlich schon mit Stier und Kuh am Pflug, sondern mit dem s. g. Raub der Sabinerinnen, denn nicht die Heerde, sondern die Ehe ist das Unterpfand der Dauer eines Gemeinwesens. Augustus rettete durch seine Gesetzgebung Rom für eine weitere Frist, und wenn Sallust's Ausspruch wahr ist, daß ein jedes Reich dadurch erhalten werde, wodurch es gegründet sei[1], so kann Augustus an dieser Stelle ein zweiter Romulus genannt werden. Die 10jährige Bemühung des Terentilius Arsa ist vielleicht keine so glänzende That, als die Schlacht am See Regillus, die 20jährige Bemühung August's vielleicht keine so glänzende That als die Eroberung Gallien's durch Cäsar, und doch ein schwereres und für des Reiches Fortbestand ungleich wichtigeres Werk.

„Die *lex sumtuaria* (August's) unterschied sich von früheren Gesetzen dieser Art durch ihre Strenge[2]; indeß der Inhalt ist nur sehr mangelhaft bekannt. Wir hören, daß Augustus gewisse Gastmähler gänzlich verbot und bei anderen dem Aufwand bestimmte Grenzen steckte. Außerdem beschränkte er die Verschwendung der Weiber in Bezug auf Kleidung und Schmucksachen, wie auch in anderer Hinsicht. Schon früher hatte Augustus durch verschiedene Verfügungen dem unanständigen Betragen und der Sittenlosigkeit des weiblichen Geschlechts Einhalt zu thun versucht. Den Standesfrauen war das Auftreten auf dem Theater untersagt; bei Gladiatorspielen waren den Frauen und Männern getrennte Sitze angewiesen, und zur Schau der Athletenkämpfe ward ihnen der Zutritt versagt. Die *lex de adulteriis* bezog sich auf beide Geschlechter, und war nicht bloß gegen Ehebruch, sondern gegen Unzucht in umfassenderem Sinn gerichtet, weshalb bei Sueton das Gesetz genannt wird: *lex de adult. et de pudicitia*[3]. Die Strafe des Ehebruchs war jetzt (neben bedeutenden Vermögensnachtheilen) Verbannung auf eine Insel[4]. — Nach Annahme dieser *lex* drang Augustus auch mit seinem Ehegesetz durch, welches nach dem ersten Abschnitt, der von den Ehen der Senatoren handelte, *lex de maritandis ordinibus* genannt wird[5]. Sie ward 737 d. St. (d. h. 17 v. Chr.) von den Tribus bestätigt. Jedoch drang sie nur modificirt durch, indem Augustus die Strafen der Unverheiratheten theils gänzlich strich, theils milderte, die Belohnungen vermehrte und zuerst 3, dann wieder

---

1) s. oben S. 51. — 2) *Suet. Oct.* 34; *Gell.* 2, 24. — 3) *Suet. Oct.* 43.
4) *Paul. sent. rec.* 26, 12. — 5) *Suet. Oct.* 34.

2 Jahre gestattete, bis die *lex* in Kraft trat. Im Jahre 752 d. St. (2 v. Chr.) drangen die Ritter auf die Abschaffung dieses Gesetzes, ohne jedoch ihren Zweck zu erreichen. Augustus ließ es mit beschränkteren Strafbestimmungen und erhöhten Belohnungen durch die *Coss. M. Papius Mutilus* und *Q. Poppaeus Secundus* aufs Neue vor den Tribus beantragen, und diese bestätigten die Rogatio[1]. Die *lex Julia et Papia Poppaea,* wie sie nun hieß, ist ein System von Gesetzen, deren Zweck auf Beförderung anständiger Ehen und ehelicher Kindererzeugung geht. Gleich im 1. Abschnitt, welcher von den Ehen der Senatoren handelte, beseitigte der Gesetzgeber eine Beschränkung der Ehe, welche vielfältigen Anlaß zu außerehelichen Verbindungen geboten hatte. Obgleich seit Jahrhunderten das Conubium der Stände bestand, so war es doch nie der zahlreichen Classe von Freigelassenen ertheilt. Fortwährend galt die Heirath zwischen einem Freigeborenen und einer Freigelassenen für anstößig und ihr mangelten die rechtlichen Folgen einer röm. Ehe[2]. Augustus untersagte jetzt solche Ehen bloß den Senatoren und ihren Kindern, gestattete aber den Freigelassenen das Conubium mit allen übrigen Freigebornen[3]. Der Hauptinhalt des großen Gesetzes war: Alle dazu fähigen Römer sind verpflichtet zu heirathen, um Kinder zu erzeugen; die Verpflichtung dauert beim männlichen Geschlecht bis zum 60., beim weiblichen bis zum 50. Jahre[4]. Wer dem Gesetz nicht nachkommt, der erleidet Strafen, die jedoch größer sind bei dem Unverheiratheten (*caelebs*), als bei dem Verheiratheten aber Kinderlosen (*orbus*). Die Strafen bestehen, außer vielfältigen Zurücksetzungen gegen Verheirathete im öffentlichen Recht, vorzüglich in bedeutenden Vermögensnachtheilen. Kein Unverheiratheter kann aus dem Testament des Erblassers, der nicht nahe mit ihm verwandt war, eine Erbschaft oder ein Legat erwerben, und der verheirathete Kinderlose erhält nur die Hälfte des ihm Zugewendeten[5]; sind keine anderen Erben im Testament genannt, welche an deren Stelle treten, so fällt die Erbschaft dem Aerarium zu[6]. Die Belohnungen derjenigen, welche dem Gesetz Folge geleistet, bestanden, neben der testamentarischen Erbfähigkeit, in Ehren und Vortheilen öffentlicher Art. Die Verheiratheten hatten ihre besonderen Reihen von Bänken im Theater; unter den beiden Consuln erhielt derjenige zuerst die Fasces, welcher die meisten Kinder hatte; Ehe und Kinder verschafften ferner dem Bewerber um Staatsämter den Vorrang vor Unverheiratheten und Vorzüge bei der Besetzung der Statthalterschaften. Außerdem gewährte eine gewisse Anzahl Kinder[7] Befreiung von manchen Lasten, u. A. von der Pflicht, eine Tutel zu übernehmen oder Richter zu seyn“[8].

Außerdem rührt aus dieser Gesetzgebung die Erhebung des Concubinats zum Rechtsinstitut her[9]. Senatoren durften mit Freigelassenen, sonstige Freigeborene mit unehrbaren Frauenspersonen keine Ehe, aber eine außereheliche auf Dauer berechnete Geschlechtsverbindung eingehen, welche nicht als *stuprum* behandelt wurde und gewissermaßen wie eine Mißheirath galt, eine Ehe nach *jus naturale;* die Kinder hießen hier *liberi naturales.*

---

1) *Dio* 56, 10. — 2) *Liv.* 39, 19. — 3) *Dio* 54, 16; 56, 7. — 4) *Ulp.* 16, 1.
5) *Gai.* 1, 111. 286. — 6) *Tac. Ann.* 3, 28.
7) *jus liberorum:* für Freigeborne 3, für Freigelassene 4 Kinder.
8) Höck R. Gesch. I. 2. S. 385—8.
9) *Marcian fr.* 3. § 1 *de concub.* (25, 7): *Concubinatus per leges nomen assumsit, extra legis poenam est. Ulp. fr.* 1. *pr. eod.: honestius est patrono, libertam concubinam, quam matremfamilias habere. Ulp. fr.* 13. *pr. ad leg. Jul. de adult.* (48, 5): *matronae nomen non amisit, quae patroni concubina fuit.*

Die *lex Julia de marit. ordin.* mit ihrem Nachtrag, der *lex Papia Poppaea,* ist das umfangreichste Gesetz der vorchristlichen Kaiserzeit, sie wird daher gleich den XII Tafeln vorzugsweise *Lex* genannt. „Die vielen späteren Umgehungsversuche wurden durch Senatsschlüsse abgeschnitten, das combinirte Gesetz durch die Commentare der Juristen Terentius Clemens, Jun. Mauricianus, Ulpius Marcellus, Gaius, Ulpian und Paulus in das Ehe- und Erbrecht eingefügt und zur Pein der Ehelosen, wie zum Vortheil des Staatsschatzes, unter Exemtion des Kaiserhauses, durch zahlreiche Delationen gehandhabt. Erst als das politische Interesse an der Erhaltung des Stadtrömerthums geschwunden war, hob Constantin die Nachtheile des Cälibats und der Orbität, Theodosius II. die Capacitätsbeschränkung der Ehegatten, Honorius die dadurch bedeutungslos gewordene Nachsuchung des *jus (communium) liberorum,* Justinian die Caducität wegen Deficienz auf“ [1]. Der Inhalt der Gesetzgebung ist im Einzelnen mannichfach bestritten; viele zweifelhafte Restitutionsversuche sind gemacht worden [2].

Justinian erwähnt [3], daß die Rechtseinrichtung der *caduca* aus der Zeit feindlicher Spaltung des Römervolks hervorgegangen und *belli calamitate introducta* sei. Mächtige Parteikämpfe der damaligen im Tiefsten erregten Gesellschaft umwogen den Ursprung der *lex Julia et P. P.* Was ist da wahrscheinlicher, als daß auch die Sabinianer hier ihren ersten Gegensatz zu den Proculianern fanden, welche sich anfangs von den Neuerungen des Augustus gänzlich fern hielten und gewiß auch jener Gesetzgebung Opposition machten, während die Sabinianer, die mit den *libri III juris civilis* dann gewissermaßen abschlossen, sich nach einer neuen Materie umsahen. Das neue Civilrecht ward ihre Domäne, und es scheint, daß vorzugsweise von Sabinianern die *lex Julia et P. P.* commentirt ward. Die Rechtsgeschichte muß vor dieser Erscheinung einen bedeutungsvollen Halt machen, denn wir haben anzunehmen, daß sie die Jurisprudenz der Römer zu schärfster Präcisirung der Dogmen und fleißigster Beobachtung der Consequenzen anregte, und daß sie, eine große Anomalie mitten im System eines wunderbar einheitlichen Rechts, recht eigentlich zu einer Arena der Gymnastik wurde, auf welcher das juristische Denken und Operiren zur vollen Reife gedieh. Um diesen Kunstbau heidnischer Providenz wogte der heißeste Kampf, hier sprühte das stählerne Recht seine hellsten Funken, und aus der von da auflodernden Flamme entstiegen die geläuterten Gebilde der classischen Jurisprudenz. Es ist gleichsam das *contradictorium judicium,* worinnen diese Wissenschaft nun ihre eigentliche Probe bestand.

### B. *Lex Aelia Sentia* und *Fufia*[4] *Caninia.*

Das Wachsthum des Proletariats in den Hauptstädten und das Zusammenschwinden des römischen Bluts in Italien und den Provinzen waren die zwei Dämonen, welche den neuen Thron umlagerten. Augustus, welcher den Thron aufgerichtet hatte, mußte ihn auch durch Beschwörung der Unholde zu sichern suchen: dies war der eigentliche Zweck der Augustischen Gesetzgebung, welche in den *Leges Aelia Sentia* und *Fufia Caninia,* sowie der *lex Julia et Papia Poppaea,* gipfelte. Es galt, das röm. Blut möglichst rein zu

1) Rudorff R. Rechtsgesch. I. § 27.

2) *Jac. Gothofredus ad leg. Jul. et P. P.* (1617 und in *IV Fontes,* 1653), *Heineccius ad leg. Jul. et P. P.* (1731) und *van Hall* (*Fontes III,* 1840 *p.* 31 *sq.*).

3) in *c.* 1. *pr. de cad. toll.* (6, 51).

4) Vgl. Studemund Verhandl. d. Philol. zu Würzburg 1868. S. 127. und zu Gai. 1, 42.

halten und zugleich möglichst zu mehren. Diese Gesetzgebung griff tief ein nicht nur in die sociale Freiheit, sondern auch in die juristische Nationalsitte des Römerthums, welches nicht gewöhnt war, den souveränen Privatwillen unter die Hand der Behörde und des Angebers zu beugen und den anspruchsvollen Staatswillen über die Schwelle des Hauses zuzulassen. Wo aber konnte sich diese Freiheit des Privatwillens so mit Selbstbewußtseyn paaren, als in dem Ehebund, mit welchem der Römer sich ein eignes Haus gründete, in der Sklavenfreilassung, durch welche er dem Staate neue Bürger stellte und sich mit Creaturen seiner Liberalität umgab, und im Testamente, in welchem er die Rolle eines Gesetzgebers der kommenden Generation spielte? An diesen Punkten also trafen die neuen Entwürfe gleichsam ins Herz der Römer. Weniger die tieferen sittlichen, als vielmehr sociale und politische Gründe waren es, welche Augustus veranlaßten, zu diesem eigenthümlichen Wettkampf in die Volksarena herabzusteigen, und wer sich wunderte, daß vor dem sittlichen Abgrunde, an welchem die heidnische Welt von Damals stand, Rom so lange sich sträubte, sich retten zu lassen, der würde kein Verständniß für den Geist der röm. Nation haben. Es handelte sich um die Alternative, ob Rom einen Theil seines eigensten Wesens preisgeben wolle, um der andern Hälfte ein doch im Grunde gebrochenes Leben zu fristen. Der sittliche Bankerott, welcher den socialen und politischen im Gefolge haben mußte, stand bevor. August's Zähigkeit erwirkte ein Compromiß, welches einer *cessio bonorum* zur Abwehr des vollen Bankerotts verglichen werden könnte; insofern dieses Rechtsmittel, welches bekanntlich auch durch die *lex Julia* (*de cessione bonorum*) für den Civilproceß eingeführt wurde, eine Wohlthat genannt werden mag, ist auch August als der Wohlthäter seines Zeitalters zu preisen, und mithin möchte ich nicht ohne Weiteres in Ihering's Aburtheil über diese Bemühung des ersten Princeps[1] einstimmen. Das Christenthum, als dieses in das sterbende Alterthum eindrang, griff freilich tiefer und mußte sich in Gegensatz zu dem äußerlichen Regenerationssystem stellen; so fiel dieses Stück für Stück, es ward Ruine, und Justinian beseitigte den letzten Schutt: jene Gesetzgebung erscheint nun wie eine großartige Episode in der röm. Rechts- und Culturentwickelung; sie verschwindet fast spurlos vom Schauplatz der Geschichte. Aber wir dürfen nicht vergessen, daß der Keil, welcher da hineingetrieben gewesen, alle innersten Kräfte der Jurisprudenz zur höchsten Erregung und Schärfung drängte, und daß in den Convulsionen dieser Episode dem Forscher Blicke bis ins feinste Mark des römischen Lebens und Wesens erschlossen werden. Auch das ist ein merkwürdiges Denkzeichen der hiermit beginnenden Kaiserzeit, daß der Satz *Princeps legibus solutus est*[2] mit Rücksicht auf diese Gesetze zur Geltung kam, und damit zum ersten Male im civilisirten Occident sich eine monarchistische Grundidee ankündigte; denn ein Monarch, welcher Souverän ist, kann nicht unter dem Zwangsgesetz stehen, der Schöpfer des Gesetzes thront der Idee nach über dem Gesetz, und seine Beobachtung desselben ist eine freie: so ward der Princeps, der frei erklärt war, damit auch als Schöpfer anerkannt, und vom Monarchismus hier die erste principielle Consequenz gezogen. —

Die Entsittlichung der Bevölkerung hing mit dem Luxus aufs Engste zusammen, der Luxus aber zeigte sich vorzüglich mit in dem Halten von Sklavenmassen und in der Maßlosigkeit der Freilassungen; man prunkte mit dem

1) Ihering Geist d. R. R. III. (*ed.* 3) § 57. S. 261. — 2) *fr.* 31. *de leg.* (1, 3).

einen wie mit dem anderen, und so wurde die Sklaverei die Pflanzschule des Proletariats, das in immer gefährlicheren und widerlicheren Formen zu Tage trat. August schuf mittels der in der Ueberschrift genannten Gesetze hier einen heilsamen Damm, durch welchen die Sklavenhalter sich genöthig sahen, besser als bisher für ihre hülfsbedürftigen Knechte selbst zu sorgen. Rudorff[1] nennt die *lex Aelia Sentia* „ein sorgfältig durchdachtes Gesetz, in welchem der Stand der Freigelassenen nach dem Verdienst bestimmt wird". In gewisser Weise schloß sich an sie ein unter Tiberius (?) erlassenes Gesetz über unförmliche Freilassungen an, die „*lex Junia Junia*, bequemer, obwohl gegen die Regel nach dem Cognomen des Einen, *Junia Norbana*, nicht *Norbani*, genannt, welche, indem sie auch die gegen die *lex Aelia Sentia* vor dem 20. Lebensjahre des Herrn und 30. Lebensjahre des Sklaven Freigelassenen betraf, auch einen Theil jenes Gesetzes umfaßt, so daß beide Gesetze soweit in willkürlicher Abwechslung genannt werden, bis Justinian der ganzen latinischen Freiheit ein Ende macht".

„Die innern Schäden, an denen das öffentliche und häusliche Leben der Römer beim Beginn der Kaiserherrschaft krankte, ergeben sich am klarsten aus den Veranstaltungen, welche Augustus zu ihrer Abhülfe traf. Viele Gebrechen Rom's waren die natürliche Folge des eigenthümlichen Ursprungs, den die Monarchie gehabt, andere wurden unmittelbar durch die Machthaber herbeigeführt, um die Alleinherrschaft zum Durchbruch zu bringen. Die Vermischung der Peregrinen mit Römern, und ihre Aufnahme in den Senat war ein Hauptmittel, wodurch Cäsar seinen Zweck zu erreichen strebte und welches auch seinen Nachfolger anfänglich förderte[2]. Jedoch der vollendete Machthaber suchte die Wunde zu heilen, die auch er als werdender Herrscher in dieser und anderer Hinsicht dem Römerthum geschlagen hatte. Die von Augustus veranlaßten Gesetze oder in anderer Form getroffenen Verfügungen umfaßten alle Classen der Bewohner seines Reichs. Eine seiner Hauptsorgen war auf die Erhaltung der Reinheit des röm. Bürgerbluts gerichtet[3]. Nachdem die Parteikämpfe der Machthaber in die Alleinherrschaft sich aufgelöst hatten, wurde die röm. Civität freilich nicht mehr in der Art, wie früher, ganzen Massen heimat- und habeloser Peregrinen ertheilt; aber desto größer war die Zahl der freigelassenen Sklaven, welche man alljährlich zu Bürgern erhob. Dieser Zuwachs des Bürgerstandes war um so nachtheiliger, da der Sklave seine Freiheit jetzt eben so oft schlechten Mitteln als schlechten Zwecken verdankte. Durch Schandthaten erwarb er häufig das Geld, womit er sich freikaufte, oder der Herr belohnte durch Manumission den Mitwisser und Genossen seiner Verbrechen. Viele Freilassungen erfolgten aus bloßer Habsucht, indem der Herr die Bedingung stellte, daß ihm der Freigelassene seinen Antheil an den Getreidespenden und Congiarien abtrete. Die zahlreichsten Freisprechungen hatten aber ihren Grund in der Eitelkeit der Großen, die nicht selten durch Testamentsbestimmung alle ihre Sklaven manumittirten, damit sie wenigstens von ihnen gepriesen würden, und ein langer Zug Freigelassener ihr Leichengepränge vermehrte. So ward denn oft mit einem Male die Zahl der Bürger mit einer Menschenmasse vermehrt, unter der manche die größten Schandthaten begangen und entehrende Strafen erlitten hatten[4]. Gegen diese argen Mißbräuche traf Augustus vermittels der

1) R. Rechtsgesch. I. § 26. — 2) *Dio* 48, 34.
3) *Suet. Oct.* 40. — 4) *Dion.* 4, 24.

*lex Aelia Sentia* (757 d. St. 4 n. Chr.) und der *lex Fufia Caninia* (761 d. St. 7 n. Chr.) mehrfache Vorkehrungen. Das erstere Gesetz bestimmte, daß jeder Sklave, den sein Herr eines Verbrechens halber in Fesseln geschlagen, gebrandmarkt oder zum Kampf mit wilden Thieren hingegeben habe, überhaupt unfähig sei, das röm. Bürgerrecht zu erlangen[1]. Auch die Freilassung unbescholtener Sklaven und ihr Eintritt in das Bürgerrecht ward mehrfach beschränkt, indem sowohl ihr Alter und ihre Würdigkeit, als auch das Alter des Herrn und seine Gründe zur Manumission in Frage kamen[2]. Den unbegrenzten testamentarischen Freilassungen wurde Maß und Ziel gesetzt durch die *lex Fufia Caninia;* sie bestimmte, wie viele von der Gesammtzahl seiner Sklaven der Testator freilassen durfte[3]. — Welche Bedeutung Augustus auf diese Gesetze legte, zeigt der Umstand[4], daß er ihre Aufrechthaltung dem Tiberius, in seinen hinterlassenen Rathschlägen, eifrig anempfahl"[5].

## II.

## Das System des Edicts.

Zu § 301] Die röm. Juristen waren bekanntlich keine Systematiker von Fach; Leist[6] aber hat bemerkt, daß das System, welches als Ausdruck unsrer heutigen Wissenschaft des Privatrechts gilt, im großen Ganzen mit der Reihenfolge zusammentrifft, welche die Justinianischen Digesten darbieten. Dem muß eine tiefere Wahrheit, welche diesen Umstand über den Zufall hinaushebt, zugrunde liegen. Die Wahrheit ist folgende.

Das röm. Recht war ein System der Rechte, nicht der Klagen, d. h. von Anfang an trat im röm. Recht die eigentliche juristische Substanz maßgebend und Ausdruck suchend auf; auch der Proceß war reiner Ausdruck des Rechtsverhältnisses, und immer durch dessen innere Beschaffenheit wesentlich bestimmt. Es ist grundfalsch, zu sagen, das röm. Recht habe sich aus den Klagen entwickelt, und der Proceß sei früher als das materielle Recht gewesen. Ein Blick in die XII Tafeln belehrt, daß von Haus aus im röm. Rechtsbewußtseyn der materielle Gehalt der Rechte voranstand. Nur das ist richtig, daß die theoretische Darstellung der Rechte und also die Reflexion über sie an den Klagformeln und Rechtsmitteln anknüpfte. Dies ist die Bedeutung des *Jus Flavianum* und *Aelianum,* dann des prätorischen Edicts und der Julianischen Ordination, sowie aller großen Commentare desselben. Nur die Darstellung der Rechtsmasse, nicht die Rechtsmasse selbst, war eine Ordnung von Klagen, und so erklärt es sich deutlich, wie es geschehen mußte, daß in der Ordnung der Klagen das inwohnende System des Rechts selbst zum Vorschein kam. Die *legis actiones* knüpften direct oder indirect an den XII Tafeln an, und an diesen Grundbau der Rechtsmittel dann wieder das Edict, und auf dem Plane des Edicts endlich ruht der Plan der Digesten Justinian's. Was Wunder, daß da noch die Uranlage des röm. Rechts nachwirkt und vom Auge einer Wissenschaft erkannt wird, welche durch die Schichten der Jahrhunderte hindurch zu dringen gelernt hat. „In der That ist auch zwischen unserem System und der Digestenordnung der historische Zusammenhang, daß Hugo, der zuerst jenes System aufgestellt hat, welches dann besonders von

1) *Gai.* 1, 13—15. — 2) *Dio* 55, 13; *Gai.* 1, 38 *sq.* — 3) *Gai.* 1, 42, 43.
4) *Dio* 56, 33. — 5) Hück Röm. Gesch. I. 2. S. 312—4.
6) Versuch einer Geschichte der röm. Rechtssysteme (1850) S. 78.

Heise angenommen und verbreitet wurde, — dabei allerdings sich an die Digestenordnung anzulehnen beabsichtigte"[1]. Der Faden ist dünn, welcher das Heise'sche System mit den Tripertiten des Aelius verbindet, aber wir finden ihn doch noch erkennbar. So gut wie Rom die *Urbs aeterna,* ist auch das Zwölftafelrecht ein Stück irdischer Ewigkeit; unter dem Schutt von Jahrtausenden begraben lebt es für die und in denen wieder auf, welche das Glück haben, die Wiederaufgrabung zu erleben. Solche Wiederaufgrabungsacte sind die Entdeckung des ächten Gaius in Verona, dem Orte der allerletzten Colonie Rom's, und auch diese Leist'sche Gratulationsschrift zum 50jährigen Doctorjubiläum des Mannes, welcher mit Niebuhr, Göschen und v. Bethmann-Hollweg zusammen am meisten bei dieser Entdeckung betheiligt war.

Leist erörtert: Der juristische Gehalt der vier wichtigen Lehrstücke: Testament, Legat, Ehe und Tutel war von jeher und blieb auch ein vorwiegend civilrechtlicher, denn der Prätor hat in die letzteren beiden verhältnißmäßig wenig eingegriffen, über die Legate ist sein Edict sogar noch geringer, und wenn in Bezug auf die Erbfolge allerdings der Prätor sein Recht zu großem Umfang entwickelte, so führte er doch auch hier im Grunde nur die vom Civilrecht gewobenen Fäden fort und schuf kein eigentlich selbständiges Gebiet, welches in die übrigen Theile des Edictssystems (*actiones* u. s. w.) gepaßt hätte, denn nicht an die *hereditatis petitio* knüpfte er die *bonorum possessio* an, sondern es liegt deren Grund in einer selbständigen, im prätorischen Imperium noch außer der Handhabung der *actiones* enthaltenen, Regulirungsbefugniß.

Gaius nun wollte in den drei ersten Büchern seiner *Institutiones* eine übersichtliche Darstellung des Civilrechts geben, wobei er die prätorischen Artikel nur als Nebenpunkte anknüpfte; hierauf folgt im 4. Buche eine kurze Uebersicht der Haupttheile des Edictssystems, nämlich der *actiones, exceptiones, interdicta,* und als Anhang einiges Allgemeine über die *judicia* (z. B. *in jus vocatio;* das Nöthige über *satisdationes* schiebt er gelegentlich ein). Derselbe Gesichtspunkt einer Combination des Civilrechts mit den Actiones (der wohl auch von Ulpian in seinem *Liber regularum* adoptirt wurde) läßt sich schon in den Tripertiten Aelian's nachweisen, wo die Actionen noch die alten *legis actiones* waren. Gaius freilich systematisirte das *jus civile* nicht mehr so äußerlich nach den Quellen, sondern seiner inneren Art nach als *jus quod ad personas* und *ad res pertinet.* Dieser Gedanke eben findet sich dann in den Digesten wieder.

Hier ist das 1. Buch (abgesehen von den Endtiteln 9—22 über das Officium der einzelnen Magistrate, die man als Vorläufer der gleich im folgenden Buche placirten Jurisdictionslehre nirgends besser hinzubringen wußte) nach dem Gaianischen Institutionensystem eingerichtet: die Titel *de statu hominum etc.* entsprechen dem Personenrecht, der Titel *de rerum divisione* dem Sachenrecht. Vom 2. Buch an gehen die *actiones,* ganz nach dem Edictssystem eingerichtet, so daß Justinian die ganze röm. Literatur im 3. Theil des Gaianischen Systems unterbrachte. Auch darin stimmen Digesten und Institutionen überein, daß am Schluß hinter den Actiones noch die *publica judicia* folgen.

Daß nun mitten in den Actiones, und zwar zwischen dem Gebiete der

---

1) Leist *l. c.* S. 79.

*legis actio per condictionem* und *l. a. per manus injectionem* die *IV libri singulares* sich gestellt finden, bei denen die Klagmittel ziemlich im Hintergrunde bleiben, erklärt sich nur so: die Zusammenstellung dieser 4 Lehren war allgemeine und herkömmliche systematische Anschauung der Römer, und sie wurden als geschlossene Masse in das Edictssystem von Außen her hineingestellt. Die Zachariä'sche *Epitome legum* nennt als Urheber dieser Composition den Salv. Julianus, welcher also den Theil des nachherigen Edicts, dessen Stoff die *libri IV sing.* bilden, sammelte. Warum er dabei Ehe und Tutel voranstellte? vielleicht weil bei diesen die Klagen, wenn auch nicht als Hauptgesichtspunkt, doch wenigstens noch vorkommen, während sie in den beiden anderen gänzlich fehlen, und so jene Lehren im Edict sich natürlicher an die vorausgehenden dem Gebiete der Condictiones angehörigen Klagen anschlossen[1].

Auch im ausgebildeten Edictssysteme sind die alten *Legis actiones* mit Sicherheit wieder zu erkennen: 1) die Edictslehren aus *lib. 5—11* der Dig. repräsentiren die Klagen, welche sich aus der *l. a. sacramento* und *per judicis postulationem* herausbildeten (s. *Ulp. ad Ed. lib. 15—25; Paul. lib. 15—27*); 2) die Condictiones der *lib. 11—19 Dig.* sind an die Stelle der alten *l. a. per condictionem* getreten (*Ulp. lib. 26—32; Paul. lib. 28—34*); 3) die Klagen der *lib. 39—42 Dig.* stellen das Gebiet der *l. a. per manus injectionem* dar (*Ulp. lib. 52—66; Paul. lib. 48—62*).

Der selbständigen Grundbestandtheile des Edicts sind nämlich fünf: 1) *de jurisdictione,* 2) *de judiciis,* d. h. die Actiones (ursprünglich *legis actiones*), 3) *de interdictis* (*et extraordinariis cognitionibus*), 4) *de praescriptionibus, exceptionibus* (*et praejudiciis?*), 5) *de stipulationibus praetoriis et satisdationibus.* Nun bieten uns in den Digesten *libri 2—46* bekanntlich das Edictssystem dar: davon fallen auf den 1. Theil die *libri 2—4,* auf die letzten 3 Theile zusammen die *libri 43—46;* das ganze große Gebiet der *libri 5—42* wird von den Actiones ausgefüllt. Aus diesem Actionengebiete der Digesten aber sind wieder zurückzustellen der s. g. *Antipapinian* (*lib. 20—22*) und die *IV libri singulares.* Besonders sind es die zwei ersten Theile des Actionenabschnitts (*lib. 5—19*), welche in den Digesten ausgebildet erscheinen, indem gerade hier die Weiterentwickelung des Rechts von Statten ging. Der erste Theil bewahrte sich den früher in allgemeinerem Sinn, nämlich als Einleitung in den Civilproceß überhaupt verstandenen Titel *de judiciis,* der 2. Theil erhielt von der darin an erster Stelle behandelten Lehre den Titel *de rebus.* Demgemäß traten nun die zwei materiellen Hauptgattungen der Actionen, deren wissenschaftliche Durchführung für die ganze Gestalt des röm. Rechts von entscheidender Wichtigkeit geworden ist, die *in rem* und *in personam actiones,* auch äußerlich als verschiedene Hauptabschnitte hervor. — Daß wir in den *in rem actiones* (*lib. 5—8 Dig.*) die Competenz der Centumvirn, vor denen *sacramento* processirt ward, vor uns haben, ist unzweifelhaft; nicht so strict nachweisbar, doch wahrscheinlich und durch Heffter[2] als sehr natürlich gezeigt, ist der Zusammenhang der *lib. 9—11 Dig.* mit der *judicis postulatio.* — Die *manus injectio* endlich lebt unzweifelhaft in der *liberalis causa* des 40. und der *res judicata* des 42. Buchs fort, zwischen welchen das 41. Buch nichts dem Edict selbst Ange-

1) s. dagegen Rudorff in der Zeitschr. für Rechtsgesch. III. S. 39. 56. und Mommsen i. Bekker's Jahrb. d. gem. R. II. S. 322 ff.
2) Rhein. Mus. I. S. 51.

höriges enthält. Inwieweit das Uebrige sich an dieselben anknüpft, ist nicht sicher zu ermitteln . . . Die schon von Anfang an sehr singuläre *pignoris capio* scheint im späteren Edictssystem ohne alle materielle Ueberbleibsel verschwunden; solche müßten zwischen der *res judicata* und den Interdicten stehen. Leider ist die Ausführung des Gaius über das Verschwinden der *pignoris capio* nur theilweise lesbar.

Es ergibt sich aus dem Gesagten, daß der die Actiones umfassende Theil des Edicts die materiellen Elemente der 4 eigentlichen *legis actiones* noch in der alten Anordnung festhielt. — In dem Zusammenhange, welcher zwischen dem Sabinus- und Edictssystem in Bezug auf die *IV libri singulares* bestand, liegt wohl der Grund davon, daß, als man zum Behuf der Excerpirung einen Theil der Edictswerke zur Sabinusmasse schlagen wollte, man dazu eben das mittlere Drittheil nahm. Die Bücher *ad Edictum*, welche bei den Sabinusfragmenten stehen, gehen nämlich gerade bis zum Ende der *IV libri singulares*. Doch wäre, wenn man eben nur diese herausgenommen hätte, der Stoff zu gering geblieben, und so schlug man die von der *Pars de rebus* handelnden Bücher hinzu.

So Leist[1]. — Rudorff[2] tadelt, unter Zustimmung Mommsen's[3], an der bisherigen Darstellung, daß sie die *Missio in bona* ganz ignorire, demnach die Actiones viel zu weit ausdehne und überall den historischen Elementen zu viel, den systematischen Gedanken zu wenig einräume. „Das System des neuen Reichscivilrechts (*Ordo Edicti perpetui*) war wesentlich edictal, d. h. ein System des Rechtsschutzes[4], welches auf die einzelnen Schutzmittel: *Actiones, Missiones, Interdicta, Exceptiones, Stipulationes praetoriae* und *aediliciae* gegründet ist. In dem Actionenabschnitte, dem vornehmsten, ist das veraltete System der drei nichtexecutiven unter den 5 *Legis actiones* billig schon der rationellen Eintheilung in *actiones in rem* (mit angehängten *arbitriis: Pars de judiciis*) und *formulae in personam* (*Pars de rebus*) und dieser letzteren wieder in Condictiones und Actiones, m. a. W. der Verfolgung eigener Güter und der Ansprüche auf Rück- und Neuerwerb fremder, die man erst bekommen soll, also Haben und Habensollen, untergeordnet. Die beiden executiven *Legis actiones per pign. cap.* und *per man. inj.* sind in den Missionen aufgegangen, einem wichtigen Schutzmittel, welches in die erbrechtlichen (*bonorum possessio*) und processualen zerfällt, die sich wiederum in specielle (*in rem*) und generelle (*in bona*) scheiden“. Der Actionentheil (*lib. 2—46 Dig.*) „ist nach dem Hadrianischen Edict geordnet, nur ist das diesem angehängte Aedilenedict zum Kauf hinaufgerückt und im Anfang (*Dig. I, 9* u. 22), wie in der Mitte (*Dig. 20—22*) und am Ende (*Dig. 47—50, 15*) *Jus extraordinarium* hinzugefügt“[5]. Durch diese Bemerkungen, welche das Rechtsmittel der *Missiones* (*Dig. 36, 4* bis *39, 2*), sowie die Ansätze des *Jus extraordinarium* zur Geltung bringen und den der *pignoris capio* entsprechenden Raum angeben, ist die Leist'sche Arbeit wesentlich vervollständigt worden, und dem Verhältniß der *pignoris capio* und

---

1) Vergl. dazu Hugo Röm. Rechtsgesch. (*ed.* 11) S. 310 und civil. Magazin II. S. 93 u. VI. S. 447. Bluhme Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. IV. S. 409. Böcking Pandekten, Anh. I. Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 97 u. 110. Rudorff *De juris dictione Edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt. Constituit, adnotavit, edidit* (1869).

2) Rechtsgesch. I. S. 270. 302. — 3) Jahrb. d. gem. deut. R. II. S. 323.

4) Dabei ist das System der *lex Rubria* ins Auge zu fassen. Schon Huschke (Gaius S. 236), Leist (S. 89), Rudorff (I. S. 214) und besonders Mommsen (Jahrb. II. S. 319) sprechen es aus, dass die Ordnung des prätorischen Edicts sich in der *lex Rubria* wiederfindet. Vergl. oben Excurse S. 226.

5) Vergl. Rudorff in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. III. S. 1 ff. u. IV. S. 1 ff.

*manus injectio* ein Ausdruck gewährt, welcher der richtigen Auffassung der *manus injectio* entspricht. Es ergibt sich hiernach folgende Uebersicht des Systems:

### I. Tafel[1]:

| Edict. | Artikel: | Digesten: |
|---|---|---|
| | *Compilatoren-Einleitung (personae und res) nach dem Vorbild des Gaius.* | Pars 1 (Πρῶτα): I, 1—9. |
| A. Jüngere Edictsmasse. Proceßgrundsätze[2]: | Jurisdiction, in jus vocatio, editio, pacta de non petendo, postulatio, procuratio, in integrum restitutio. | I, 10—IV. |
| B. Aeltere Edictsmasse: | | |
| **I. Actiones s. Judicia[3]:** | | Pars 2 (de judiciis): |
| 1. l. a. sacramento: | Dingliche Klagen (Sachen- und Erbschaftsrecht). | V—VIII. |
| 2. l. a. per jud. postul.<br>3. l. a. per condict. | Obligationen | IX—XI.<br>Pars 3 (de rebus): XII—XIX. |
| | *S. g. Antipapinian, enthaltend Accessionen der Forderungsrechte (durch die Compilatoren eingeschaltet) und namentlich auch das hierher umgestellte aedilicium edictum (Dig. XXI, 1).* | Pars 4 (Umbilicus s. de pignoribus): XX—XXII. |
| | *S. g. IV. libri singulares (durch Julian eingefügt?):* | XXIII—XXXVI, 3. |
| | *I. Ehe.* | XXIII—XXV. |
| | *II. Tutel.* | XXVI. XXVII. |
| | | Pars 5 (de testamentis): |
| | *III. Testament.* | XXVIII. XXIX. |
| | *IV. Legat.* | XXX—XXXVI. |
| **II. Missiones in poss.:**<br>4. l. a. per pign. cap. (?)[4] | Bonorum Possessio, Prätorische Erbfolge und Nachbarschaftsverhältnisse. | Pars 6 (de Bon. Possession.): XXXVII—XXXIX, 4. |
| 5. l. a. per man. inject. | *Weitere Einschaltung civilrechtlicher Materien: donatio, manumissio, Singularerwerb.* | XXXIX, 5—XLI. |
| | Urtheil u. Vollstreckung. | XLII. |
| **III. Interdicta[5]:** | Gebiet des öffentlichen Friedens (ursprünglich im Edict von bedeutendem Umfang!). | XLIII. |
| **IV. Exceptiones u. praescriptiones[6]:** | Defensive Geltendmachung eigner Rechte. | XLIV. |

1) Vergl. Leist S. 44. 56. Rudorff Rechtsg. I. S. 302. 303. — 2) Leist S. 27. 3) Leist S. 21. 23. 35. — 4) Leist S. 39 (?). — 5) Leist S. 21. — 6) Leist S. 24.

| Edict: | Artikel: | Digesten: |
|---|---|---|
| V. Stipulationes[1]: | Processuale Sicherstellungen. | Pars 7: XLV. XLVI. |
| | *Anhänge der Compilatoren: Die s. g. Libri terribiles, jus extraordinarium enthaltend.* | XLVII. XLVIII. |
| | *Processuale Bestimmungen. Appellation, Fiscal- und Militairrecht.* | XLIX. |
| | *Publicistische Bestimmungen: Municipal- und Steuerrecht.* | L, 1—15. |
| | *„Register u. Gemeinplätze“.* | L, 16. 17. |

**II. Tafel[2]:**

| | | |
|---|---|---|
| I. Allgemeine Lehren: | Rechtsquellen. | Dig. I—IV. (dazu XLII—XLIV u. XLIX). |
| | Personen. Sachen. (Proceß.) In integr. restitutio. | |
| II. Sachenrecht: | In rem actiones (heredit. petitio). | Dig. V—VIII (u. XLI). |
| III. Obligationenrecht: | In personam actiones. | Dig. IX—XIX (dazu XXXIX. XLIV—XLVI). |
| | Accessionen der Obligationen. | XX—XXII. |
| IV. Familienrecht: | Ehe und dos. | Dig. XXIII—XXV. |
| | Vormundschaft. | XXVI. XXVII. |
| V. Erbrecht: | Testament. | Dig. XXVIII. XXIX. |
| | Legat. | XXX—XXXVI. |
| | Bon. Poss. u. Hereditas. | XXXVII. XXXVIII (dazu V). |
| | Anhänge. | Dig. XXXIX—L. |

## III.

## Ein neuer Quellenkreis.

*Jus extraordinarium.*

Zu § 297] A. Ich habe das castrensische Staatssystem des Augustus einen neuen Baustyl *in re publica* genannt; der Imperator-Princeps richtete sich eine vom Alten abgezweigte Welt *extra ordinem* ein. Diesem neuen System steht auch *in re privata* ein neues System zur Seite; die Römer selbst

1) Leist S. 25. — 2) Vergl. Leist S. 79.

sind sich dessen vollkommen bewußt; sie nennen das neue System *novum* oder *extraordinarium jus.* Wie ihnen im *jus civile* und *jus honorarium* zwei verschiedene Stylarten enthalten schienen, so faßten sie das *jus extraordinarium* wieder als eine besondere Stylart auf; uns fehlt es an dem gleich lebendigen Stylgefühl, aber wir müssen von den Römern lernen. Es war innerlich berechtigt, daß sie das *jus civile* mit der Zeit des Sabinus im Wesentlichen für abgeschlossen hielten, und dann wieder den Abschluß des *jus honorarium* in der Zeit des Julianus als entschieden ansahen. Von da an fällt der Accent auf die dritte Masse des Rechts, welche allmählich den Karakter eines Systems neben den zwei alten Systemen gewinnt.

Wir können uns die Bedeutung dieser Styltrias durch Vergleichung mit der hellenischen Trias des dorischen, ionischen und korinthischen Baustyls veranschaulichen[1]; das *jus extraordinarium*, in welchem Elemente des *jus civile* und *honorarium* frei verwendet sind und die alte correcte Einfachheit der Lineamente verloren geht, ist dem korinthischen Styl vergleichbar. Feinere und verwickelte Luxusideen kommen hier zur Geltung, weltbürgerliche Humanitätsgedanken dringen in den alten römischen Organismus ein. Dieser neue, mehr durch Fülle und Detail, als durch Einfachheit und Structur ausgezeichnete Styl ist nicht mehr rein antik, aber er spricht verständlicher zu uns, weckt leichter in uns moderne Sympathien und kann in mancher Hinsicht die Vorstufe des Byzantinismus genannt werden.

Daß der antike Geist in der Kaiserzeit nur durch ein Compromiß sich und seinen Formen das Leben fristet, ist jener Zeit selbst ganz klar. Wie im Staat, so auch im Privatrecht erscheint ihr die republikanische Vergangenheit als eine abgeschlossene Entwickelung, als eine andere, alte Welt. Diese Anschauung, unfertig im ersten Jahrhundert, vollendet sich in der Zeit Hadrian's. Bis dahin befinden sich die neuen Reichsgrundlagen in einer wogenden Bewegung, „der Kampf zwischen der Monarchie und der senatorischen Aristokratie" ist unter den Flaviern[2] zwar nicht zur Entscheidung, aber zu einer Art Compromiß gediehen, „die philosophische Opposition vorläufig ausgesöhnt"; es ist die Vorstufe der ruhigen Zeit der Ausgleichung. Noch einmal brechen die Wunden des alten Kampfes unter Domitian auf, aber von Nerva an beginnen sich die schon an Domitian's Regierungsantritt geknüpften Hoffnungen zu erfüllen[3]. Mit Hadrian ist der zweite Abschnitt der ersten Kaiserzeit da; daß Hadrian's Grabmal die Begräbnißstätte aller folgenden Kaiser bis Commodus, vielleicht gar bis Caracalla (217) bleibt, ist ein Symbol der fingirten Namensgemeinschaft und Familienangehörigkeit der Nachfolger Hadrian's, und die Kunde dieses Zusammenhangs lebt noch unter Justinian fort, welcher seinen Codex mit Hadrian beginnen läßt. Die endgültige Ordination des *Edictum perpetuum* durch Julian ist die letzte Handanlegung an die zu formende Substanz des republikanischen Systems. Für das Privatrecht ist dieses System im *jus civile* und *honorarium* enthalten: beide Kreise sind nun abgeschlossen, ein dritter Kreis hat sich aufgethan; die Juristen er- und bekennen es, daß dieser dritte Kreis ein *novum jus* enthält, d. h. moderner Art ist. Dasselbe steht nicht bloß dem *jus civile*, sondern ebenso dem *jus honorarium* gegenüber: beides, auch das *jus honorarium*,

---

1) Vergl. oben (Excurse) S. 158.
2) Vespasian, Titus und Domitian: 69—96 n. Chr.
3) Sievers in Jahn's Jahrbb. f. Philol. u. Pädag. 1860. S. 629.

wird nun im Gegensatz zu dem neuen Recht als *jus antiquum* bezeichnet: so von Tryphonin das Peculienrecht des Edicts[1].

B. Wir haben in der ersten Kaiserzeit folgende Quellengebiete zu unterscheiden: 1) *Leges,* welche formell noch im altem Styl zu Stande kommen, aber diese Form wird bereits als Fiction empfunden, die Comitien sind zum Schattenbild geworden, die Vertretung des *populus Romanus* in denselben keine Realität mehr, sondern eine Unwahrheit, eine staatsrechtliche Fiction; und so werden die wenigen *Leges* der Kaiserzeit zu dem *legitimum jus* in schärferen Gegensatz gestellt, als selbst das *jus civile* der späteren Republik: Pomponius nennt sie *Leges novae*[2] und stellt sie neben die Senatusconsulte[3]; Ulpian stellt der *legitima s. vetus hereditas* die *novae vel ex Lege vel ex Senatusconsultis delatae hereditates* gegenüber[4]. Solche *Leges* kommen hauptsächlich nur unter Augustus, also ganz am Anfang der neuen Zeit vor, dann etwa noch unter Tiberius und Claudius[5]. Bald verschwinden sie ganz. An ihre Stelle treten die *Senatusconsulta,* gleichwie thatsächlich der Senat an die Stelle der Comitien tritt.

2) *Senatusconsulta.* Je mehr sich die Autorität des Senats, als des legitimen Repräsentanten des *Populus Romanus* und des Erben der legislativen Gewalt der Comitien befestigt, um so zweifelloser gilt er als die Quelle der Gesetzgebung neuen Styls[6]. Alle neuen größeren Gesetzentwürfe gehen durch den Senat; der Regent bringt vermöge seiner tribunicischen Gewalt oder auch durch Vermittelung der Consuln seine Vorschläge an den Senat, damit sie durch diesen die rechtsmäßige Beglaubigung empfangen. Was ehedem durch Rogation an die Comitien zum Gesetz erhoben worden wäre, kommt nun durch den Senat zu Stande; dem Senat wird jetzt *jussus* zugeschrieben[7]. Auch das Recht der Senatsconsulte ist ein neues Recht, nicht bloß, weil der Senat als Gesetzgebungsorgan ein neues Organ ist, sondern auch weil seine legislativen Beschlüsse größtentheils aus der Initiative des Regenten vermöge der neuen *tribunicia potestas* (desselben) hervorgehen[8]. In zahlreichen Stellen wird das Recht der *Senatusconsulta* als *novum jus* den zwei Rechtssystemen aus der republikanischen Zeit, speciell auch dem *jus civile* gegenübergestellt[9] und in Gemeinschaft mit den Constitutionen zum *extraordinarium jus* gerechnet[10]; das *Sctum Orphitianum* selbst bedient sich der Wendung *jus antiquum esto* von dem Erbsystem der republikanischen Zeit[11].

3) *Edicta Principum.* Weil der *Princeps in re publica* den legitimen Magistraten gleichgestellt ist, hat er auch das *jus edicendi;* er übt es in reichlichem Maaße, und sein *edictum* ist nicht eine *lex annua,* sondern eine dauernde Norm. So entwickelt sich aus dem magistratischen *jus edicendi* in der Hand der Principes allmählich ein Gesetzgebungsrecht von umfassender Bedeutung; die Edicte der Kaiser sind es namentlich, welche sich, wie einst das prätorische Edict neben die *leges,* neben die *Senatusconsulta* des neuen

1) *Quoad utitur jure concesso filius in castrensi peculio, eo usque jus patris cessat; quodsi intestatus decessit filius, postliminii cujusdam similitudine pater antiquo jure habet peculium: fr.* 19. § 3. *de castr. pec.* (49, 17).

2) ebenso Ulpian in *fr.* 5. *de reg. Cat.* (24, 7): *regula Catoniana ad novas leges non pertinet.*

3) *fr.* 11. *de suis* (38, 16). — 4) *fr.* 1. § 8. *ad Sct. Tertull.* (38, 17).

5) Ulpian (22, 19) stellt die *lex Julia Velleja* dem *jus civile* gegenüber: dies scheint dafür zu sprechen, dass diese *lex* in die Kaiserzeit fällt. Vergl. Cursus § 299. Anm. 6. Ebenso *antiquum jus* und *lex Papia* im Gegensatz bei *Gai.* 3, 43. 44. und *Ulp.* 17, 3; 18; 24, 31.

6) Paulus (*fr.* 7. *pr. de cap. minutis* 4, 5) rechnet zu den *novas leges* die *Senatusconsulta.*

7) *Senatus jussit*: z. B. *Paul. fr.* 9. § 5. *ad leg. Jul. de pecul.* (48, 13). Auch schon *Gai.* 1, 4.

8) Ulpian (24, 28) sagt z. B. *a senatu auctore Hadriano constitutum est.*

9) *Gai.* 2, 197. 198. 220. 255; 3, 63. — 10) *Call. fr.* 2. *pr. ex qu. caus.* (4, 6).

11) *fr.* 1. § 9. *ad Sct. Tert. et Orph.* (38, 17).

Rechts stellen, mit ihnen wetteifern und dann ihnen mehr und mehr an Boden abgewinnen. Sie werden mit den Rescripten zusammen hauptsächlich als *Constitutiones principales* bezeichnet.

4) Auch die *Rescripta* wachsen aus dem alten Recht hervor, insofern sie den *responsa Prudentium* analog sind und also eine alte Sitte in neuer Gestalt darstellen. Was der Regent sich anmaßt, einzelnen Juristen als Recht (*beneficium*) zu ertheilen — nämlich das *jus publice respondendi* —, das kann er natürlich auch in eigener Person ausüben. Dazu kommt, daß seit Trajan und Hadrian die angesehensten Respondirjuristen im *Consilium Principis* an der Abfassung der Rescripte Theil nahmen. Von hier aus mag dann der Ausdruck *Principum placita* um sich gegriffen haben, denn *placet* war ja auch technische Bezeichnung für die Sätze der juristischen Praxis[1]. Seine Rescripte und Episteln sind zunächst Belehrungen oder Anleitungen über eine Rechtsfrage für den Richter im einzelnen Proceß; auch an Magistrate und Statthalter können solche Belehrungen ergehen: hinter allen steht die Autorität des obersten und lebenslänglichen Machthabers. So ist es erklärlich, daß solche Rescripte, deren Zahl besonders seit Hadrian zunimmt, den Senatsconsulten und Edicten an Ansehn bald gleichkommen, und daß sie zu einer wichtigen Quelle des *novum atque extraordinarium jus* anschwellen.

5) *Mandata.* Während die Rescripte in den *responsa Prudentium* ihre Parallele haben, tritt in den Mandaten eine ganz neue Erscheinung auf, denn diese gehören dem specifischen Gebiet des Imperator an; sie stehen daher außerhalb allen Connexes mit der alten Rechtsordnung und werden nicht selten als etwas Besonderes neben den *Constitutiones* aufgeführt und ihnen gegenübergestellt[2]. In der Form der Mandate thut der Regent als Imperator, d. h. für sein castrensisches Gebiet, seinen souveränen Willen kund[3]; hier ist er wirklich Gesetzgeber, und weder Comitien, noch Senat concurriren mit ihm. In diesen Zusammenhang gehört, was Marcian sagt[4]: *mandatis principalibus praecipitur Praesidibus provinciarum, ne patiantur esse sodalitia, neve milites collegia in castris habeant; sed permittitur tenuioribus, stipem menstruam conferre.* So weit es sich um solche Clubbs und Vereinigungen außerhalb des imperatorischen Gebiets handelt, kommen kaiserliche Constitutionen anderer Art (Edicte, Rescripte) und Senatsconsulte in Frage[5].

Die *Decreta* schließen sich zunächst den Mandaten an; denn es handelt sich bei jenen um das *jus extra ordinem judicandi* und um das selbstverständliche Recht des Imperator, Appellationssachen vor sein Oberforum (als höchste Instanz über den Legaten und Präfekten) gelangen zu lassen. Doch greifen die Decrete bald in alle Theile des Rechts ein, denn mit der Ausbreitung der cognitionalen Competenz der kaiserlichen Präfekten und *Juridici* kommen auch Sachen des *jus ordinarium* im Appellationswege vor das kaiserliche Forum, und namentlich mag dies seit der ständigen Theilnahme angesehener Respondirjuristen am *Consilium Principis*, also seit Trajan und Hadrian, der Fall gewesen seyn. Hierdurch erklärt sich auch, daß Gaius und

1) Vergl. *Ulp.* in *fr.* 7. § 14. *de admin. tutor.* (26, 7): *Et placet, ut multis Rescriptis continetur et Papinianus ait, etiam in usuras eum condemnandum.*

2) z. B. von *Ulp.* in *fr.* 6. *pr. de extrao. crim.* (47, 11).

3) s. oben S. 285. — 4) *fr.* 1. *de colleg. et corp.* (47, 22).

5) *In summa, nisi ex Senatusconsulti auctoritate vel Caesaris collegium coierit: contra Sctum et mandata et constitutiones collegium celebrat. Marcian in fr.* 3. *eod.*

Ulpian, wie schon bemerkt wurde, die Decrete unmittelbar neben die Edicte und Episteln stellen.

C. Besondere Beachtung verdient die Stellung der Jurisprudenz zu dieser ganzen Quellenentwickelung. Vielfach waren die großen Juristen der Kaiserzeit beflissen, den im *jus ordinarium* der Republik enthaltenen, in dem Sabinuscompendium und Prätorenedict aufgespeicherten Stoff zu klären und in elegante Gedankenformen umzusetzen; diese Interpretation höhern Styls konnte noch zum *jus civile* und bez. *jus honorarium* gerechnet werden. Bis in die Zeit der Antonine blieb das die Hauptarbeit der Jurisprudenz. Es ist oft schwer, diese Arbeit von dem Grundstock des *jus civile* und *honorarium* zu scheiden: so im Gebiet der Consensual- und Realcontracte (*jus civile*), der Superficies und Emphyteuse (*jus honorarium*), und ich meine, daß es die literärgeschichtliche Bedeutung der Digestenära ist, diese ganze dogmatische Entfaltung jenes Grundstocks zu einem wenigstens vorläufigen Abschluß gebracht zu haben. In den vier großen Digestenwerken des Celsus, Julianus, Marcellus und Scaevola, welche sämmtlich der Mitte des 2. Jahrhunderts der Kaiserzeit angehören, liegt das ganze *jus ordinarium* abgerundet vor, wie es den wissenschaftlichen Augen jener Zeit erschien.

Inmittels aber war unter der Hand der Imperatoren ein neuer Stoff angewachsen, auf welchen nun die Wissenschaft gleichfalls ihren Blick heften mußte; diese *extra ordinem* emporwuchernden Rechtssätze forderten die wissenschaftliche Arbeit immer nachdrücklicher heraus; sie waren lange genug eine *rudis indigestaque moles* gewesen. Wenn wir die *Divi Hadriani sententiae*[1] *et epistolae,* welche wir im 3. Buche der *interpretamenta Dosithei Magistri* zusammengestellt finden[2], ansehen, so liegt die Vermuthung nahe, daß sie auf einer sei es officiellen oder privaten Sammlung der Rechtssätze beruhen, welche über *jus extraordinarium* (Militär- und Alimentensachen) von Hadrian ergangen waren. Eine andere Sammlung, von Papirius Justus[3], enthielt in 20 Büchern die Rescripte der *Divi Fratres,* wahrscheinlich einfach chronologisch geordnet: daraus dürfte zu schließen seyn, daß auch hier noch keine wissenschaftliche Verarbeitung versucht war. Eine solche liegt in den Werken des Paulus: *Imperiales sententiae in cognitionibus prolatae* (in 6 Büchern) und *Decreta* (in 3 B.) vor; aber schon früher hat die wissenschaftliche Literatur des *jus extraordinarium* begonnen. Diese neue Entwickelung in der Jurisprudenz während der 2. Hälfte des 2. und während der 1. Hälfte des 3. Jahrhunderts mag namentlich der Grund davon gewesen seyn, daß später keine Digestenwerke im umfassenden Sinne des Julian wieder auftraten, sondern die Koryphäen nun zu der Sitte getrennte Commentare zu Sabinus und zum Edict zu schreiben zurückkehrten, und neben diese das *jus extraordinarium* als dritte Masse stellten. Diese neue Masse sprengte das Julianische Digestensystem; der umfassende Ausdruck *Digesta* erschien nun unpassend, wenn das neue Recht darin keinen Platz hatte.

Terentius Clemens (Julians Zeitgenosse) und Mauricianus schrieben Commentare *ad legem Juliam et Papiam Poppaeam*[4]; Aburius Valens (unter Ant. Pius) veröffentlichte die erste Monographie über Fideicommisse, eine

---

1) *Sententiae* sind, wie aus dem Titel eines Paulinischen Werkes erhellt, die kaiserlichen Decrete; sie waren *pro re judicata.*

2) s. Rudorff R. Rechtsgesch. I. § 98.

3) s. Rudorff *l. c.* S. 185. 274. Dazu Huschke Zeitschr. f. Rechtsgesch. VI (1867). S. 281. 319 (Anm.). 327. 328.

4) auch Octauenus? s. Rudorff *l. c.* S. 185.

Hauptmaterie des *jus extraordinarium;* Pomponius, welcher getrennte Commentare zum Sabinus und Edict verfaßte, widmete sich daneben dem *jus extraordinarium,* indem er Schriften über Fideicommisse und über Senatsconsulte herausgab. Tarruntenius Paternus, der Präfectus Prätorio unter Commodus (um 190), schrieb *de re militari*[1]; ihm folgten darin Arrius Menander und Aemilius Macer. Maecian, des Marc Aurel Lehrer und dann Praefectus Aegypti, schrieb ein umfassendes Werk (in 16 B.) über Fideicommisse und *Quaestiones,* auf welche Papinian Bezug nimmt[2].

Mit Maecian treten wir in die gräcisirende Schlußzeit der classischen Jurisprudenz, denn er war auch Verfasser einer griechisch geschriebenen Monographie über die *lex Rhodia.* Es folgen die für das *jus extrao.* besonders wichtigen und großentheils unter griechischen Bildungseindrücken aufgewachsenen Schriftsteller Papinianus, Callistratus, Marcianus, Ulpianus und Paulus, von welchen mehr oder weniger zahlreiche Arbeiten über Stoffe des *jus extrao.*[3] geliefert wurden. Papinian erhob dasselbe zur wissenschaftlichen Ebenbürtigkeit neben den alten Quellenkreisen, daher sein Name für das academische Studium dann immer als Repräsentant des *jus extraordinarium,* seine Responsen und Quästionen als Hauptsitz des kaiserlich-modernen Rechts galten, seiner Person von Amtswegen großer Nachruhm und seinen Schriften gesetzähnliches Ansehn zu Theil ward und der späteren Zeit die Noten des Ulpian und Paulus zum Papinian nur als eine Verdunkelung des Glanzes desselben erschienen[4]. In Papinian, Marcian[5] und Paulus[6] sehen wir den Höhepunkt[7] und Abschluß der wissenschaftlichen Entwickelung der s. g. Papiniansmasse, d. h. des *jus novum atque extraordinarium.*

D. Seit Papinian steht die neue Trias der Quellenkreise (*jus civile, honorarium, extraordinarium*) als Grundschema fest; in ihr faßt sich die rechtsgeschichtliche Anschauung der Römer selbst für alle Zeiten zusammen. Diese Trias erscheint in Marcian's Institutionen, des Paulus *Sententiae receptae* und Hermogenian's *Epitome;* sie bildet den Grundriß des kaiserlichen Studienplans seit Theodosius II. (der ersten 3 Jahre des academischen Cursus), tritt in den 3 Hauptsectionen der Justinianischen Compilatorencommission von Neuem hervor und wird von Justinian als *jus tripertitum*[8] bezeichnet, wo er von den geschichtlichen Elementen der Testirform handelt. Hier heißt es: *Sed cum paulatim coepit in unam consonantiam jus civile et praetorium jungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore quod jus civile*[9] *quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis et subscriptione testium, quod ex constitutionibus*[10] *inventum est, et ex edicto praetoris*[11] *signacula testamentis imponerentur: ut hoc jus tripertitum esse videatur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a jure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edicto praetoris.*

---

1) *Veget. de re milit.* 1, 8: *diligentissimus juris militaris assertor.*
2) *fr.* 86. *pr. de acq. her.* (29, 2).
3) *de jure fisci — de cognitionibus — de appellationibus — ad legem Juliam — de codicillis — de assignatione libertorum.*
4) Vergl. das Cassirgesetz v. 321.
5) dessen Noten zu Papinian nicht cassirt wurden, und der in seinen *Institutiones* auch dem *jus extrao.* einen Platz (am Ende) anwies.
6) dessen *Sententiae receptae* (mit dem *jus extrao.* im 5. Buche) gesetzähnliches Ansehn erlangten.
7) denn der spätere Hermogenian (*jus extrao.* im 6. Buche) ist nur Epitomator.
8) § 3. *J. de testam. ordin.* (2, 10). — 9) Sabinusmasse.
10) Papiniansmasse. — 11) Edictsmasse.

Oft wurde das auf republikanischer Grundlage ruhende Recht zusammengefaßt und bald als *jus antiquum*, bald als *jus ordinarium*[1] dem kaiserlichen Recht gegenübergestellt, welches dann *novum* oder *extraordinarium* hieß. Bezeichnend ist es, daß Papinian mehrmals[2] dem alten System angehörige Rechtssätze, im Gegensatz zu „*principalis auctoritas*", mit dem Ausdruck *strictum jus* belegt: vielleicht erklärt sich das dadurch, daß gerade in Papinian das neue System des *jus extraordinarium* zum vollen Durchbruch kam und nun der modernen Art desselben gegenüber alles Alte im Lichte eines *strictum jus* erschien. —

In unserer rechtsgeschichtlichen Doctrin ist bisher von einem *jus extraordinarium* meist nur innerhalb des römischen Proceß- und Criminalrechts gesprochen worden. Es blieb fast unbeachtet, daß hier eine ganze Rechtsmasse, ein neues System vorliegt, und daß darin eben die Aufstellung einer s. g. Papiniansmasse ihre eigentliche Legitimation hat. Es blieb fast unbeachtet, daß in allen Theilen des Privat- und Staatsrechts das „*extra ordinem*" für die römische Anschauung einen tieferen, nicht bloß dem Proceßverfahren, sondern dem Geiste der Rechtsinstitute angehörigen Sinn hat, und daß in dieser jüngsten Schicht der römischen Rechtswelt sich der principielle Bruch mit dem antiken System vorbereitet[3]. Es blieb fast unbeachtet, daß mit der Anerkennung des *jus extraordinarium* als eines selbständigen Quellensystems neben den alten Quellensystemen Licht verbreitet wird über manche dunkle Partie, z. B. die *exceptiones ex Sctis*, die *transmissio ex capite in integrum restitutionis*; daß manche neue Institute, wie die *fideicommissaria libertas* und *assignatio libertorum*, nur auf der Basis eines wirklich neuen Systems construirbar werden, und daß nun erst innerer Zusammenhang in eine ganze Reihe höchst wichtiger Erscheinungen der Kaiserzeit kommt, wohin ich das, z. B. einem Savigny noch ganz unverständliche, Gebiet des *jus naturale* rechne[4].

Eine Andeutung besserer Würdigung findet sich bei Puchta[5]; dann hat namentlich Rudorff[6] das Verdienst, dem Verständniß des kaiserlichen Rechtssystems Bahn gebrochen zu haben; auf dieser Bahn treffen wir ferner Bekker[7]. Allein es fehlt noch viel, daß der Rudorff'sche Gedanke in unserer Doctrin zur Herrschaft gelangt wäre; ich habe versucht, ihn in seiner großen Tragweite darzulegen und bei der Construction der Rechtsinstitute zu verwerthen[8].

## IV.

## Die Proculianer und Sabinianer.

Zu § 316) A. Der Schulengegensatz der beiden von Labeo und Capito ausgehenden Richtungen gilt in unsrer Wissenschaft noch als ein Problem. Wir wollen dasselbe zu lösen versuchen. — Zuvörderst könnte man darauf hinweisen, daß Gegensatz als eines der vitalen Grundgesetze des röm. Geistes von Anfang an sich erwiesen hat: in der röm. Jurisprudenz aber wie-

1) so Marcian in *fr. 2. de fur. baln.* (47, 17), *fr. 3. expil. hered.* (47, 19). So Ulpian in *fr. 178. § 2. de V. S.*
2) *fr. 50. § 1. de her. pet.* (5, 3); *fr. 86. pr. de acq. her.* (29, 2).
3) Hiervon wird noch besonders in einem Excurs zu Kap. 36 gehandelt werden.
4) s. oben (Excurse) S. 43. — 5) Cursus I. § 73. Anm. a.
6) Rechtsgesch. I. (1857) § 5. — 7) Die Actionen des röm. Privatrechts II. (1873) S. 190—197.
8) Kuntze Cursus (*ed.* 2) § 297. 338—340. 353. 354. 356. 367—369.

derholte und spiegelte sich gewissermaßen der Geist Rom's, wie im contemplativen Geiste eines Greises dessen ganzes und volles Leben noch einmal recapitulirt wird. Man könnte noch weiter bemerken, daß, wenn ein tief angelegter Volksgenius aus der Tiefe seiner culturgeschichtlichen Mission hervor ringt und schafft, die innersten Principien menschlichen Wesens, Lebens und Schaffens hervortreten und in den Chorführern persönliche Gestalt gewinnen müssen, und daß mithin, weil das irdische Leben seinem innersten Wesen nach ein Kampf ist, auch aller Fortschritt und alle Entwickelung sich als ein Kampf von Lebensgegensätzen darstellt. Das römische Volk aber war ein streitbares Volk im eminenten Sinne: sollte ein solches ohne Kampf, ja ohne harten Kampf, die Höhe des wissenschaftlichen Bewußtseyns erglommen haben? Doch wir wollen nicht bei diesen Allgemeinheiten stehen bleiben.

Wir bereiten unsre eigentliche Deduction durch zwei Betrachtungen vor, zu welchen uns die Widerlegung entgegenstehender Ansichten Anlaß gibt. 1) Es ist behauptet worden, daß der Schwerpunkt der wissenschaftlichen Entwickelung des Rechts bei den Römern nicht in der s. g. classischen Jurisprudenz, sondern in den Leistungen der *Veteres* liege; 2) und man hat jenem Schulengegensatze überhaupt alle tiefere Bedeutung absprechen wollen. Es erhellt sofort, daß, wenn diese beiden Ansichten — was übrigens bis jetzt nicht geschehen ist — in Zusammenhang gebracht würden, die letztere an der ersteren eine namhafte Stütze haben würde. Fassen wir diese beiden Ansichten, die uns gleichmäßig irrig erscheinen, näher ins Auge.

B. Jacob Grimm, der Ahnherr der germanistischen Wissenschaften, hat in einer lehr- und sinnreichen Abhandlung, welche zu v. Savigny's 50jähr. Doctorjubiläum erschien[1], Folgendes ausgesprochen: „Könnten verlorne Bücher herbeigebracht werden, ich griffe gern eben nach solchen; die *Manitiae venalium vendendorum leges*[2], wie sie *Cic. de orat. 1, 58* nennt, zögen mich mehr an, als die Commentare, Quästionen und Digesten hadrianischer Rechtsgelehrten; in den verworrenen Schriften der Agrimensoren, weil sie noch am volksmäßigen Element hangen, liegt ein Reiz, den die klare, aber trockne, unbehagende Bündigkeit des Gaius, Ulpian und Paulus entbehrt. Wie die Männertugend unter den Kaisern stufenweise abnahm, vergingen auch Blut und Saft der Sprache des alten Rechts, und mit ihnen schwanden wesentliche Theile seines Gehalts. Das Augustische Zeitalter erhebt sich noch ebenso weit über dem hadrianischen, wie dies über dem Byzantinischen. Haben doch die kaiserlichen Juristen nicht einmal dafür gesorgt, daß das heilige Alterthum der XII Tafeln und der übrigen Gesetze gesammelt und der Nachwelt überliefert würde. Von Labeo soll es einen Commentar zu den XII Tafeln gegeben haben, den Rechtsgelehrten lag bald mehr daran, ihre Ansicht aufzustellen und zu vertheidigen, als des Rechts Grundlage zu erforschen; wo in der Wissenschaft Secten sich erzeugen, hat ihr Geist seinen Höhepunkt verlassen, und die Räder der Gelehrsamkeit verfahren sich auf den Hohlwegen der Praxis".

Selten ist wohl aus einem ehrwürdigeren Munde ein untrifftigeres Wort gekommen. J. Grimm war in seiner ganzen Anlage und Forschung mehr Culturhistoriker und Linguist, als Jurist, und hier hat er eben nur als Philolog gesprochen. Für den, welcher Sachkenntniß hat, ist es unbegreiflich, wie Jemand dem Paulus Trockenheit vorwerfen, und wo es sich um eine Karak-

1) Grimm, d. Wort des Besitzes. Eine linguistische Abhandlung. (Berlin, 1850) S. 14.
2) s. oben Excurse S. 289.

teristik der classischen Jurisprudenz handelt, die elegante und edle Behandlungsweise Papinian's unerwähnt lassen, oder die trocknen *Manilianae leges* über die geistreiche Fülle eines Labeo, Julian oder Papinian stellen, an den langathmigen Formeln der archaistischen Cautelarjurisprudenz mehr Behagen, als an der männlichen Gedrungenheit der Sätze eines Celsus jun. und eines Cerv. Scaevola finden, und die enorme Kluft, welche den schwächlichen und verworrenen Byzantinismus von der classischen Jurisprudenz des Ulpian und Papinian trennt, auf so Geringes reduciren kann. Und Grimm tadelt die juristischen Koryphäen, daß sie nicht an die philologischen Interessen deutscher Gelehrten des 19. Jahrhunderts zum Voraus gedacht haben, und vertauscht mit dem Begriff der Schule, welche das Symptom aller wahrhaft großen Culturfortschritte ist, den leidigen Wechselbalg der Secte! Mag seyn, daß für den Alterthumsforscher eine Aegyptische Sphynx mehr Interesse bietet, als eine Statue von Phidias, denn jene zieht unseren Blick in entlegenere Zeiträume, und Manchen reizt das Geheimniß der Knospe so, daß er keine Zeit behält zum bewundernden Genuß der entfalteten Fülle; aber ist denn wirklich die Stufe mehr werth als die Höhe, und der Embryo interessanter als der Mensch, der zur Welt geboren ist? Auch wir interessiren uns für die Aegineten, aber wir halten dafür, daß nur der sie recht zu würdigen vermag, der sie als eine Vorstufe des Phidias würdigt. Die „*Veteres*" der Republik waren die Archaisten, Muc. Scaevola und Servius Sulpicius nur eine Vorstufe der classischen Jurisprudenz. Dies muß Jeder zugeben, welcher nicht die Rechtswissenschaft mit dem Recht selbst, und nicht Jurisprudenz mit Philologie verwechselt. Auch hier an dem berühmten Forscher sehen wir wieder, wie schwer es noch immer den deutschen Gelehrten fällt, zu einer richtigen Würdigung des Römerthums zu gelangen, und wie die Rechtswissenschaft der Römer den Laien ein unerschlossenes Räthselland ist. Nach Allem, was wir von der Jurisprudenz der *Veteres* wissen, ist zu urtheilen, daß wenn hier die röm. Wissenschaft stehen geblieben wäre, ihre Leistung für alle Zukunft werthlos geblieben wäre, und daß erst durch Labeo, Julian und Ulpian die röm. Wissenschaft des Rechts zu einer Weltwissenschaft geworden ist. Richtiger ist demnach, als jener Ausspruch, der eines anderen Historikers; Höck[1] sagt: „Unter allen Wissenschaften war keine, welche so vielseitig die Lebensverhältnisse der Römer berührte, als die ihres Rechts, und in diesem Umstande liegt der Hauptgrund der eifrigsten Pflege, welche diese Disciplin bei ihnen gefunden hat. Mit der wissenschaftlichen Bearbeitung ihres Rechts kann kein andrer Zweig der Literatur der Römer an Gediegenheit und Reichhaltigkeit wetteifern, und keine Gattung ihrer poetischen und prosaischen Erzeugnisse hat sich einer so langen literärischen Blüte erfreut. Das röm. Civilrecht ist das eigenthümlichste und großartigste Erzeugniß des röm. Geistes: innere Gültigkeit, systematische Ordnung, scharfe Bestimmung und folgerechte Begriffsentwickelung sind seine Vorzüge; und die Periode der großen juristischen Schriftsteller begriff wenigstens drei Jahrhunderte, von der Mitte des siebenten (d. St.) an gerechnet. Die neuen Anregungen, welche dieser Disciplin das Augustische Zeitalter brachte, übten ihre nachhaltigen Wirkungen; während alle übrigen Literaturzweige allmählich verdorrten oder nur ein sieches Leben kümmerlich fortschleppten, hat das röm. Civilrecht durch die Classiker des 2. christlichen Jahrhunderts erst seine Vollendung erhalten".

---

1) Röm. Gesch. I. 2. S. 362. 366.

C. Es ist allerdings wahr, daß mit dem Anfang der Kaiserzeit die ursprüngliche Einfachheit und Folgerichtigkeit des Rechts der Römer allmählich Platz machen muß der Mannichfaltigkeit eines pragmatischen Utilitarismus; es ist oben[1] von mir selbst hervorgehoben worden, daß durch die Augustische Gesetzgebung ein Keil aus fremdem Holz in das System des röm. Rechts hineingetrieben wurde; mit dieser Gesetzgebung begann jener imperatorische Zug juristischen Experimentirens und juristischer Mengerei, welcher in der nachclassischen Zeit bis auf Justinian in fortwährendem Wachsen war und ein Stück der Antike nach dem anderen, zum Theil in heilloser Art — man denke an das nachclassische Hypothekenwesen! — verbildete. Allein in unsrer Frage handelt es sich um die Wissenschaft des Rechts, und von dieser behaupte ich, daß sie erst durch Labeo auf die Höhe klaren und männlichen Selbstbewußtseyns erhoben, durch Julian, Papinian und Ulpian zur Vollendung gebracht worden sei. Die Wissenschaft zeugt nicht aus dem Nichts, aber indem sie das Wollen (und Gebieten) in Denken, die Rechtssätze in Lehrsätze umsetzt, das gedankenmäßig Verwandte zusammen, das gedankenmäßig Fremde auseinander stellt und aus dem Princip der freien Intelligenz ihre Synthese und Analyse übt: arbeitet sie schöpferisch und vermehrt den geistigen Vorrath der Menschheit[2]. Das aber hat die röm. Jurisprudenz namentlich erst seit Labeo geleistet, und der Schulengegensatz ist für diese Arbeit von eminenter Bedeutung. Indem die beiden Schulen mit der Einseitigkeit der vollen Energie die beiden großen Pole der Bewegung festhielten, die Proculianer vornehmlich den Grund, die Sabinianer den Zweck der Dinge betonten, jene am Firmament der *subtilitas* die festen Linien der Rechtsidee mit unerschrockner Consequenz zogen, und diese auf dem Boden der *utilitas* die freie an alle Interessen sich anschmiegende Beweglichkeit proclamirten: entwickelte sich im freien Streit und Spiel der Kraft und Gegenkraft gleichsam eine mittlere Strömung ruhigen Schaffens, auf welcher mit vollen Segeln und majestätisch jene *aequitas*, die *viva vox juris*, dahintrieb. So kam das Recht zum Bewußtseyn, und das immanente System trat aus der Masse hervor, das historische Chaos fügte sich zur wunderbaren Ordnung, und was Scaevola und Sulpicius geahnt hatten, das verwirklichte sich von nun an; die Casuistik ward zur Plastik, die Technik zur Kunst. Cicero[3] sagt von der menschlichen Gestalt: *Referte nunc animum ad hominum formam et figuram; nullam partem corporis sine aliqua necessitate affictam totamque formam quasi perfectam reperietis arte, non casu.* Eine solche Gestalt ward mit und seit Labeo das System des röm. Rechts im Spiegel der Jurisprudenz. Es trat hier nun zu Tage, wie Eines sich ans Andre reiht, Alles bedingt durch Alles, Nichts überflüssig und willkürlich, Jegliches an seinem Platze und eben da, wohin es gehört, ist: ein kräftiger Gliederbau ohne Ueberladung und voller Schwung, einfach und ebenmäßig, wie es einer Schöpfung des classisch-antiken Genius ziemt und eignet. Auf dieser Gestalt ruhte das Augenpaar der röm. Jurisprudenz, bis es gelungen war, sie in ihrer vollen Plastik zu ergreifen und vom nebelhaften Hintergrunde des nationalen Instinctes abzuheben. Zwei Augen gehören dazu, um eine reale Lebensfülle in ihrer plastischen Perspective zu er- und begreifen, diese Augen waren die zwei Schulen; wer ihre Nothwendigkeit nicht versteht, wird auch nicht verstehen, warum wir mit zwei Augen und nicht als Polypheme geboren werden.

---

1) Excurse S. 301. 305. — 2) Vergl. oben (Excurse) S. 26—28. — 3) *de orat.* 3, 45.

D. Weil man die innere Bedeutung der beiden Schulen nicht zu ergründen vermochte, hat man sie geleugnet. „Nach der gangbaren Ansicht soll die Opposition der Schulen lediglich durch die Individualität von Labeo und Capito, namentlich durch die Verschiedenheit des politischen und philosophischen Glaubensbekenntnisses derselben, herbeigeführt worden seyn“[1]; Alles sollte darauf beruhen, daß Labeo ein Republikaner blieb, oder daß er ein Stoiker war. „Auf die mannichfaltigen inneren und äußeren Widersprüche dieser Hypothese ist schon von Anderen aufmerksam gemacht worden. Heineccius[2] erinnert, daß die angebliche politische Richtung der beiden Sectenhäupter mit der literarischen durchaus nicht zusammentreffe, indem Labeo als Politiker unbedingt dem Alten, als Literator dagegen dem Neuen gehuldigt haben soll; während in Capito's öffentlichem Treiben das gerade entgegengesetzte Verhältniß sich darbiete. Man kann hinzufügen, daß schon der nächste Nachfolger Labeo's, nämlich Nerva, dem politischen System seines Lehrers untreu wurde, und dies in noch ungleich höherem Grade bei Pegasus der Fall gewesen seyn soll. Der Ansicht, daß die Anhänglichkeit an die Lehrsätze der Stoa ein Kriterium der Ansichten Labeo's und seiner Schüler sei (welche Meinung man irrig dem Cujacius zugeschrieben hat, indem dieselbe vielmehr erst durch Merillius recht eigentlich begründet worden), ist bereits von Mascov[3] widersprochen und dargethan worden, daß in den Ansichten der Anhänger beider Schulen der Einfluß der, zur Zeit der Blüte derselben in Rom allgemein herrschenden, Stoischen Philosophie unverkennbar sei“[4]. Hugo endlich[5] erklärt mit mehreren Anderen die Sabinianer für strenge Verfechter desjenigen, was sie in den Werken der älteren Rechtsgelehrten vorfanden.

E. Unter denen, welche einen tieferen Gegensatz und zwar im Bereiche des Rechts selbst annehmen, ist bisher diejenige Ansicht am meisten verbreitet gewesen, nach welcher Labeo's Schule sich überall an die Consequenz des strengen Rechts, Capito's Schule lediglich an die Billigkeit gehalten habe; am ausführlichsten ist diese Ansicht von Hommel[6] verfochten worden, und ihm sind Terrasson, Bach und Mühlenbruch gefolgt[7]. Aber freilich bei der mangelhaften Schärfe dieses Kriteriums ist es kaum zu verwundern, daß von Einigen, die es adoptirten, gerade entgegengesetzt die Proculianer zu Vertretern der Billigkeit gemacht werden konnten[8].

Nach Dirksen[9] liegt das Kriterium überhaupt nicht in der Sache, sondern in der Methode. Er sagt: „Nach meinem Dafürhalten bestand die Grundverschiedenheit beider Juristenschulen darin, daß die Secte der Sabinianer die Prämissen zu ihren Entscheidungen hauptsächlich aus der Erfahrung entlehnte, während die andere mehr auf den inneren Grund der Erscheinungen einging, und ihr Raisonnement vornehmlich auf die genauere Berücksichtigung der eigentlichen Beschaffenheit, d. h. des Zweckes und Zusammenhanges, eines jeden positiven Rechtsinstituts stützte. Zu dem Ende hielten sich die Sabinianer mit einseitiger Strenge an den Buchstaben des positiven Rechts, in dessen Ermangelung aber an eine analoge Bestimmung der einheimischen Rechtsverfassung, und nur *in subsidium* recurrirten sie auf das natürliche Gefühl für

---

1) Dirksen Beiträge z. Kunde d. R. R. (1825) S. 126. — 2) *Hist. jur. Rom. I.* § 195.
3) *Diatribe de sectis Sabinianorum et Proculianorum* (*Lips.* 1728) *c.* 1. § 2.
4) Dirksen S. 128. — 5) Geschichte d. R. R. (9. Aufl.) S. 764. 775.
6) *Disput. de principali causa dissensionum inter Lab. et Cap.* (*Lips.* 1750) § 2. 7.
7) s. Dirksen S. 42.
8) Dirksen S. 45. Aehnlich auch Thibaut Lehrb. d. Gesch. u. Instit. (1842) S. 471. 472.
9) S. 46—49. 124.

Recht und Billigkeit. Die Proculianer dagegen ließen der Speculation freieren Spielraum; nicht aber, wie man häufig geglaubt hat, um die bestehenden positiven Regeln zu umgehen und andere an deren Stelle zu setzen, sondern umgekehrt, um jene Regeln ihrem eigentlichen Zwecke und der Absicht ihres Begründers gemäß zu erklären und anzuwenden. Sie sahen überall auf die *ratio* jeder Gesetzesvorschrift, und recurrirten, in Ermangelung einer ausdrücklichen positiven Entscheidung, auf die Idee des vorliegenden Rechtsinstituts, nicht aber auf entfernter liegende Analogien, und noch ungleich seltener auf die schwankende Billigkeit. In der Anwendung ihrer, auf diesem Wege gewonnenen juristischen Resultate ließen es übrigens beide Parteien nicht an der erforderlichen Consequenz fehlen, und ein Gegensatz von Strenge und Billigkeit ist in dieser Beziehung am wenigsten bei ihnen zu erweisen". „Die Ueberlieferung der Gelehrten war wohl beiden Juristen mehr Nebensache, und alles drehte sich bei ihnen um die eigenthümliche Art, den positiven Stoff zu würdigen und zu behandeln. Die Vorzüge eines blendenden Scharfsinns sind fast überall das Eigenthum der Ansichten der Proculianer . . ." aber manche Ansichten der Sabinianer „geben genugsam zu erkennen, wie das mehr der Erfahrung und dem Leben zugewendete Raisonnement dieser Schule bisweilen zu zweckmäßigeren Resultaten geführt hatte, als die ungleich schärfere Syllogistik ihrer Gegner". Diese Ansicht wird von Zimmern[1] vollständig adoptirt und so zusammengefaßt: die ganze Verschiedenheit liege nur in der Art und Weise, den positiven Stoff zu behandeln und auszubilden, und keineswegs habe jede Schule irgend einen festen Lehrbegriff gehabt.

Ich meinerseits nun will, indem ich mich durch diese zwei Ansichten (Hommel's und Dirksen's) als nicht befriedigt erkläre, doch keineswegs in Widerspruch mit ihnen treten; ich acceptire sie beide gleichermaßen und meine, daß sie in keinem eigentlichen Widerspruche stehen, vielmehr, wenn sie vertieft werden, zusammenklingen. Sie sind auf den richtigen Linien nach Unten, aber nicht in der Tiefe angelangt, und daher ist erklärlich, daß sie in neuerer Zeit wieder verlassen, und die Stellung unsrer Wissenschaft zu dem Problem des Schulengegensatzes eine immer verzweifeltere geworden ist. Strenge und Ungebundenheit des Speculirens gehören allerdings zum Kriterium der Schulen, allein ich möchte die letztere nicht als Billigkeit bezeichnen, da das entsprechende Wort *aequitas* im höhern Sinne etwas ausdrückt, was den Proculianern eben so gut eignet, als den Sabinianern; ich habe oben schon angedeutet, daß ich den Gegensatz in der *subtilitas* und *utilitas* ausgedrückt finde. Das Ausgehen vom inneren Grund der Erscheinungen und die bloße Rücksicht auf die Erfahrung drücken ebenso einen Gegensatz der beiden Schulen aus, allein wenn dann wieder, was erst als Grund der Erscheinung bezeichnet war, Zweck der Regel genannt wird, fühle ich mich auf keinem sicheren Boden der Betrachtung, denn ich halte Grund und Zweck der Rechtsinstitute für die zwei auseinanderliegenden Pole der Construction und Theorie.

F. An Dirksen schließen sich an, ohne Neues hinzuzuthun, Burchardi[2], Erxleben[3] und Walter[4]. Noch Puchta[5] hält daran fest, daß ein gewisser Unterschied beider Schulen bestehe: „Aeußerlich ist es der

1) Gesch. d. röm. Privatr. I. S. 348. — 2) Lehrb. d. R. R. I. § 115.
3) Einleit. in d. röm. Privatr. § 33. — 4) Gesch. d. röm. R. II. § 436.
5) Cursus I. § 98, welchem Vering Gesch. u. Instit. d. röm. Privatr. od. Geschichte u. Pandekten des röm. Privatr. *ed.* 4. § 27. folgt.

Gegensatz zwischen dem Vertrauen auf überlieferte, durch bewährte Autoritäten unterstützte Sätze und Meinungen, und dem der eigenen Kraft bewußten, auf die Nothwendigkeit des Fortschreitens sich berufenden Neuerungstrieb, welcher jene Juristen trennte. Aber daß die Neuerungen Labeo's einen anderen Gehalt hatten, daß sie sich in einer wirklichen Fortbildung der Jurisprudenz zu größerer Vollkommenheit concentrirten, das ergibt sich schon aus dem Erfolg, den seine Ansichten auf eine Zeit hinaus hatten. Der Kern der Thätigkeit Labeo's liegt nicht in einem speciellen philosophischen Princip, das er für die Rechtswissenschaft in Bewegung gesetzt hätte, sondern darin, daß er die Jurisprudenz dem Einfluß der übrigen Wissenschaften öffnete und ihr durch die rechte Anwendung seiner vielseitigeren, historischen und philosophischen Bildung ein neues Leben einflößte. Es ist klar, daß diese Richtung Labeo auf viele neue Ansichten über einzelne Punkte des Rechts führen mußte, die zu Controversen zwischen ihm und Capito wurden, da dieser die bisher geltenden, und namentlich die von seinem Lehrer gebilligten Meinungen festhielt. Diese Controversen pflanzten sich auf ihre Anhänger und Nachfolger fort, und veranlaßten unter diesen die Unterscheidung zweier Schulen, unter denen sie sich noch vermehrten. Der Fortbestand der Schulen ruhte keineswegs auf einer steten Erneuerung jener Grundverschiedenheit in der Behandlung des Rechts zwischen Labeo und Capito, so daß, was von dem wissenschaftlichen Karakter des einen und des anderen gesagt worden ist, auch den Gegensatz zwischen allen Proculianern und Sabinianern bezeichnete. Was diese Schulen zusammenhielt, war eine Art Pietät gegen die Lehrer, im Zweifel die Ansicht derselben zu vertheidigen, und das Bedürfniß, das der Anhänger empfand, sich an eine etablirte Autorität anzuschließen. Nicht die Schulen machten die Controversen, sondern die Controversen machten die Schulen".

Es erhellt sofort, daß auch in dieser Auffassung eine Abschwächung des Gegensatzes enthalten ist. Nur der allgemeine philosophische Zug des Labeo soll den Anstoß gegeben haben, neue Ansichten über einzelne Punkte des Rechts sollen daraus hervorgegangen seyn, persönliche Pietät und nicht sachliche Principmäßigkeit soll die Schulen fortgeführt, und an dieser Pietätsschnur sollen die Controversen wie einzelne angereihte Perlen gehangen haben. Es erhellt, sage ich, sofort, daß damit die historisch-organische und tiefere juristische Bedeutung des Schulengegensatzes in der That geleugnet ist, und es ist nicht zu verwundern, daß hiernach Rein[1] auf die Aufstellung eines Kriteriums verzichtet. Wichtiger und bezeichnender als diese ablehnende Haltung eines Philologen aber ist, daß die zwei Juristen, welche zuletzt sich selbständig über unsre Frage erklärt haben, in die rückhaltloseste Negative zurückgesunken sind. Esmarch[2] bemerkt: „Ein trennendes Grundprincip ist nicht zu entdecken, und überhaupt ein wesentliches Einwirken dieser Spaltung auf den Gang der Wissenschaft nicht nachzuweisen. Was feststeht, kommt darauf hinaus, daß gewisse zweifelhafte Fragen, meist untergeordneter Bedeutung, von der einen Schule so, von der anderen anders beantwortet sind. Neigung oder Zufall trieb den Einen in des Proculus, den Anderen in des Cassius Hör- und Sprechsaal. So erklärt sich leicht die Fortpflanzung. Wer mehr hinter der Sache suchen will, verläßt den Boden des Beglaubigten". Mit Esmarch stimmt Rudorff[3], so verschieden sonst die

1) Privatr. d. Römer (1858) S. 77.
2) Röm. Rechtsgesch. (ed. 1) S. 272. 273; dazu S. 304. — 3) Röm. Rechtsgesch. § 66. 71.

rechtsgeschichtliche Arbeit beider Rechtslehrer ist, hier überein, wenn er sagt, daß jene Parteien durch die forterbende Autorität bestimmter Lehrer gebildet wurden, indem gewisse Rechtssätze unter ganzen Successionen von Juristen streitig wurden, und über „die ganze Erscheinung, ihr Verblassen und Verschwinden“ nichts weiter zu sagen weiß, als daß sie „mit dem Abschluß des Rechts der absterbenden Republik im engen Zusammenhang“ stehe.

G. Knüpfen wir nun gerade an dieser letzten Aeußerung an. Wir beginnen mit dem, womit die bisherige Jurisprudenz aufhören zu wollen scheint. Allerdings hängt unzweifelhaft der Ursprung der Schulen mit der Wendung der Dinge unter Cäsar und Augustus eng zusammen. Wie konnte das auch anders seyn! Die röm. Juristen standen mitten in der Strömung des Volksthums, sie waren ebenso Praktiker als Theoretiker, ihre wissenschaftliche Stellung mußte zugleich eine Stellung zu den großen Nationalangelegenheiten seyn, und die tieferen Fragen der Nationalwissenschaft der Römer mußten eng zusammenhängen mit den Fragen des nationalen Rechts- und Staatslebens. Dieses nun erlitt gerade damals einen höchst bedeutenden Umschwung. Alle fremden Einflüsse, denen Rom seit 2—3 Jahrhunderten ausgesetzt gewesen, wurden zu einem einheitlichen Gesammtresultat formulirt, hiermit ein neuer Boden geschaffen und eine Summe neuer Ausgangspunkte aufgestellt; das Neue war also, daß das fremde Element nun als System auftrat, und daß alles weitere Neue sofort in ein geschloßnes System eintretend besondere Wucht erhielt. Dieses System stand im Widerspruch mit dem eigentlich nationalen Geist des Römerthums, und darum konnten viele röm. Geister sich nicht in dasselbe finden und fügen. Das neue Principat mit seiner Begünstigung peregrinischer Elemente, mit seinen militärischen Neuerungen und materialistischen Legislations-Experimenten machte Ansprüche an die Denkweise der Römer, welche deren occidentalen Geist an der Wurzel antasteten und nur von leichtlebigen, principlosen, materialistisch gesinnten Geistern mühelos befriedigt werden konnten. Wie tief griff die Augustische Gesetzgebung hinein in das nationale System der privatrechtlichen Machtvollkommenkeit des *paterfamilias!* Solchen Ansprüchen gegenüber flüchteten sich die ächtrömischen Seelen in das ideale Gebiet der Philosophie, gewannen hier einen Centralpunkt der Anschauung, von welchem aus sie nicht in Widerspruch zu den nationalen Elementen des Rechts geriethen, vielmehr zur Möglichkeit gelangten, den Römergeist im nationalen Sinne und doch den Anforderungen des fortschreitenden Verkehrs gemäß fortzubilden und die Wissenschaft des Rechts zu vervollkommnen, ohne deren nationales Gepräge zu opfern. Ein Zug des Idealismus beherrscht das ganze röm. Recht: diesen Grundzug für die Jurisprudenz geltend gemacht und auf lange Zeit gerettet zu haben, ist das Verdienst derjenigen Schule, deren Stifter wohl der größte, d. h. ursprünglichste und fruchtbarste Denker unter allen röm. Juristen gewesen ist.

H. Der Dualismus der beiden röm. Juristenschulen hat mir immer den Eindruck einer der erhabensten cultur- und wissenschaftsgeschichtlichen Erscheinungen gemacht. Durch drei oder vier Generationen gehen die beiden Schulen wie zwei Dynastien nebeneinander hin, gleich jenem spartanischen Doppelkönigthum, durch welches zwei selbständige Königsgeschlechter gleichzeitig den Thron besetzten, — auch darin dieser einzigartigen Institution ähnlich, daß, wie die Dynastien der Agiden und der Eurypontiden nicht nach

ihren eigentlichen Stiftern (Eurysthenes und Prokles), sondern nach Abkömmlingen derselben genannt waren, so auch die Schulen des Capito und Labeo nicht von diesen ihren Namen trugen. In jenem Dualismus der spartanischen Dynastien müssen zwei tief wurzelnde politische Principien ihren Ausdruck gefunden haben, und erst neuerdings ist gezeigt worden, wie dieser Dualismus in den nationalen Elementen des Spartanerthums begründet war. Ebenso müssen wir auch in die Tiefe des röm. Nationalgeistes herabsteigen, um den eigentlichen Quellpunkt des Schulendualismus aufzugraben.

Der Gegensatz kann nicht ein Gegensatz der Personen, etwa wie der des Cujacius und Donellus im 16. Jahrhundert, gewesen seyn, denn wie wir z. B. aus *fr. 28. de rer. dom. (41, 1)* sehen, gingen zuweilen Labeo und Sabinus zusammen, während Proculus von seinem Meister abwich[1]. Es kann auch nicht der abstracte Gegensatz des Stehenbleibens und des Fortschreitens gewesen seyn, denn Sabinus, der sonst sich den Augustischen Neuerungen bereitwillig hingab, hielt an der Mißachtung der Arbeit fest, während Labeo deren Beachtung in die Jurisprudenz einführte. Der Dualismus war also nicht ein zufälliges Geflechte persönlicher Befehdungen und nicht eine politische Parteiung; es war auch nicht der Gegensatz irgend welcher damals gerade herrschenden philosophischen Systeme, sondern ein zugleich bestimmteres und allgemeineres Lebensgesetz der Art, wie es bei großartigen Evolutionen, wo es sich um Erschließung einer mächtigen zur Formulirung drängenden Geistesfülle handelt, unausbleiblich zu Tage kommt. Der Gegensatz war im Grunde ein nationaler, insofern Römer- und Peregrinenthum mit einander rangen, und im letzten Grunde ein allgemein menschlicher, insofern dabei das Grundverhältniß des Menschen zu seinen letzten und höchsten Culturaufgaben in Frage kam: es war also mit einem Wort ein culturgeschichtlicher Gegensatz im tiefsten Sinne, und ein Gegensatz, der eben darum auf jedem Hauptblatt der Culturgeschichte wiederkehrt. Anderwärts ist er begriffen worden, sollte er auf röm. Boden ein ungelöstes Siegel bleiben?

J. Wir sehen, wie die Geschichte der hellenischen Plastik, als sie durch die Entzweiung des hellenischen Geistes aus den Banden der Tradition sich befreit fühlte und so zum Vollbewußtseyn ihrer Aufgaben und Kräfte gelangte, durch Phidias und Myron in die zwei Strömungen des Idealismus und Naturalismus auseinanderging, um jenes fruchtbare Eiland zu bilden, aus dessen Boden so zahlreiche und herrliche Denkmäler der plastischen Phantasie emporwuchsen. Der eine Strom entsprang, so könnte man sagen, einem innersten Lebenspunkte des hellenischen Volksthums, er war die eigenste Nationalthat des hellenischen Genius und ein Aufblitzen der inneren Geisteswelt; der andere Strom entsprang an der Peripherie des Geistes, da wo dieser sich mit der Fläche des äußeren Lebens berührt. Wir können jenes die Intuition und dieses die Imitation nennen. Jene gab das Samenkorn, das in den Boden der Imitation gesenkt werden mußte, diese gab den Nahrstoff zum Wachsthum und leistete Ammendienst. Nicht anders war es in Rom; nur, daß hier an die Stelle der Phantasie die Welt der Energie getreten war. Als der nationale Boden durch die Revolution der Bürgerkriege hinreichend gelockert war, nun das Gewitter in Ruhe überging, und die Reflexion die Arbeit jener Wissenschaft der Energie begann: mußte die röm. Jurisprudenz

---

1) So zeigt auch die Geschichte der Controvers über *pretium in Titii arbitrium collatum*, dass Labeo und Cassius auf der einen, Ofilius, Proculus und Gaius auf der anderen Seite standen. *Gai.* 3, 140; § 1. *J. de emt. et vend.* (3, 23).

es zu einer gesonderten Vertretung des Idealismus und des Naturalismus bringen.

Was Phidias für die Skulptur, war Polygnotos für die Malerei, und der Polygnotenschule trat wieder die von Zeuxis, Parrhasios und Timanthes vertretene Richtung gegenüber: wie Polygnotos der Geistesverwandte des Labeo, war Zeuxis der des Capito und Parrhasios der des Sabinus in mehr als Einer Beziehung. Wolfg. Helbig[1] sagt über diesen Gegensatz: „Wie in wenigen späteren Werken trat in den Schöpfungen des Polygnotos der ganze Ideengehalt der gleichzeitigen Epoche zu Tage. Der Erhabenheit der Gedanken entsprach die Form, welche ideal war im höchsten Sinne des Wortes. Aristoteles[2] nennt den Polygnotos ἠθόγραφος und behauptet, daß, wie den Tragödien der Neueren im Verhältniß zu den Aelteren, so den Werken des Zeuxis gegenüber denen des Polygnotos das Ethos abgehe. Ethos ist nach der Aristotelischen Definition der Elemente der Tragödie der unveränderliche, von den einzelnen Situationen durchaus unabhängige Grundkarakter der Personen, der bei der jedesmaligen Situation die Affecte des Individuums und seine Handlungsweise bestimmt. In großartiger Weise stellte sich dieses Ethos in der Malerei des Polygnotos dar und ließ Affect und Handlung als ihr organisch-nothwendiges Product erscheinen. Wie Dionysios Hal.[3] in der Beredtsamkeit als Consequenz des Ethos das μεγαλοπρεπές bezeichnet, so erschienen die Gestalten des Polygnotos, wie Aristoteles[4] sagt, großartiger als die Wirklichkeit. Frei von allen Zufälligkeiten und Mängeln der Wirklichkeit waren sie vom Künstler der Idee nach geschaffen, welche sie zu verkörpern hatten. Polygnotos stellt in der Entwickelung der Malerei ein ähnliches Stadium dar, wie Phidias in der Skulptur. Beide erhoben sich zur höchsten Idealität in Gedanken und Form. Der Ausdruck ruhiger Großartigkeit war eine Grundbedingung der Schöpfungen beider Künstler. Einerseits trug dieses Kunstprincip nicht wenig dazu bei, die Gestalten der Künstler wie einem höheren Daseyn angehörig erscheinen zu lassen, anderseits aber beeinträchtigte dasselbe einen allseitigen und unmittelbaren Ausdruck der psychologischen Entwickelung und die Darstellung mannichfacher Karaktereigenschaften, die mit ihm in Widerspruch standen. Kamen doch mehrere Göttertypen, deren Idee diesem Principe widerstrebte, wie die der Aphrodite und des jugendlichen Dionysos, in der damaligen Skulptur zu keiner vollständig klaren und ihr Wesen erschöpfenden Entwickelung, und ordnete sich selbst im Portrait die Darstellung der Karakterindividualitäten diesem Kunstprincip unter. Erst einer folgenden Periode der Malerei, und einer beträchtlich später eintretenden Entwickelung der Skulptur war es beschieden, die mannichfaltigsten psychologischen Affecte und Karakterindividualitäten zu freiem und unmittelbarem Ausdruck zu bringen. Was Aristoteles über das Verhältniß des Polygnotos zu Zeuxis bemerkt, kann auf das Verhältniß angewendet werden, in welchem Phidias zur jüngeren Attischen Schule steht".

Wer erkennt nicht in dieser Bloßlegung der Wurzeln eines grundsätzlichen Unterschieds den Gegensatz der Proculianer, welche das beharrende Ethos und die der *gravitas* entsprechende *subtilitas* vertraten, und der Sabinianer, welche sich dem Wechsel individueller Situationen hingaben und der der *venustas* entsprechenden *utilitas* huldigten, wieder? In Polygnotos wie

1) Fleckeisen's Neue Jahrbb. f. Philol. u. Pädag. 1867. S. 649 ff.
2) Poetik 6. — 3) Rhetorik 10. 11. — 4) Poetik 2.

in Labeo offenbarte sich der streng nationale Geist und die reinste Seele der classischen Antike, welche den strikten Gegensatz zum orientalischen Barbarenthum formulirten; Parrhasios, der leichtblütige und empirisch beobachtende Jonier, vertrat die orientalisirende Naturalistik; was die Jonier aber für Hellas, eben das waren die Sabiner für Rom, und es ist ein glücklicher Zufall, daß auch der Jurist, welcher zuerst mit Entschiedenheit dem röm. Geiste in der Jurisprudenz die große Heerstraße nach dem Orient eröffnete und den Naturalismus zum System erhob, den Namen Sabinus trug.

Sollen wir noch fortfahren in der Aufführung cultur- und kunstgeschichtlicher Parallelen und etwa an die gleichfalls mit großartiger Gesetzmäßigkeit sich vollziehende Scheidung zweier Grundrichtungen in der italienischen Malerei des Mittelalters erinnern? Auch hier kommen wir schließlich auf den Gegensatz des Idealismus und Naturalismus, wie wir überall, bei allen großen Culturschöpfungen und Culturwendepunkten, auf diesen tiefen Gegensatz treffen und in ihm die Lösung vieler Räthsel finden. Auch in der Geschichte der Philosophie und der Wissenschaft überhaupt wird an denselben Gegensatz das tiefere Verständniß der Gesetze ihrer Entwickelung immer und immer wieder anknüpfen müssen. Auch ich komme auf diesen Gegensatz, den wir in der hellenischen Kunst so deutlich erkannt haben, in der Geschichte der röm. Jurisprudenz an dieser Stelle zurück.

K. Wie eine jede schöpferische That ihren Grund und ihren Zweck hat, so auch die Erzeugung des Rechts[1]. Der Grund des Rechts aber liegt im Geiste des Menschen: so geht denn der Rechtstrieb von einem inneren Geisteskern aus und strebt, das Gebiet der Energie nach den derselben inwohnenden Gesetzen, nach den im Wesen des reinen Rechts gegebenen Regeln zu organisiren; er durchmißt gleichsam einen erhabenen lichten Raum und spinnt seine Fäden aus sich selbst, schaffend wie aus dem Nichts, unbekümmert um alles Nichtwesentliche, Aeußerliche und Zufällige, ja die in Raum und Zeit gesetzten Mannichfaltigkeiten gern verachtend. Ist doch der persönliche Geist in seinem innersten Kern in der That ein über Raum und Zeit erhabenes und in sich selbst ruhendes Wesen. Stolz überschaut der Rechtstrieb von dieser Aetherhöhe herab die Niederungen des wirklichen Alltagslebens, und also beherrscht er sie. Ohne solchen Aufschwung würde kein Schaffen im großen Styl gelingen, und auch das Recht und die Wissenschaft des Rechts müssen diese reine und freie Luft geathmet haben, wenn sie nicht eine bloße Magd der gemeinen Wirklichkeit, sondern Königin des Lebens seyn wollen. Wie die Kunst, so würde auch das Recht herabgewürdigt und seines edlen Marks beraubt, wenn es bloß zum Dienst für die Interessen des Lebens da seyn sollte; denn macht nicht das Recht auch Ansprüche ans Leben, an die Menschen, an die Gesellschaft, und hat es nicht auch den Stimmungen Maß und den Strebungen Richtung und Halt zu geben, Leidenschaft zu zügeln und den Trägen und Bequemen wach zu rufen? Und muß es nicht Manches versagen, was der Tagesströmung als wichtiges Interesse gilt, ja im einzelnen Augenblick wohl gar als eine Lebensfrage proclamirt wird und vor dem oberflächlichen Blick als eine Nothwendigkeit erscheint?

Aber freilich, das Recht darf nicht in solcher Höhe verharren; es muß sich herablassen, um den Windungen des Lebens nachzugehen und die Wirklichkeit in ihren verwickelten Falten aufzusuchen, um sie allmählich zu durch-

---

1) s. oben (Excurse) S. 3—7.

dringen und den berechtigten Individualismen gerecht zu werden. So gewinnt auch das Zweckmoment seine Bedeutung, die Empirie kommt zu ihrem Recht, das Recht erfüllt sich mit den realen Stoffen des Lebens und spiegelt nun mehr oder weniger dessen Mannichfaltigkeit und Beweglichkeit wieder; es senkt sich wie ein lebenskräftiger Keim in den Boden, und gedeiht so, indem es etwas von der Art der localen Bodenschichten in sich aufnimmt, aus den Wellen temporaler Neigungen und Moden trinkt und sich anfrischt. So sättigt es seinen Körper mit Motiven und Interessen aller Art, welche das Recht in Zusammenhang mit den verschiedenen Seiten des Culturlebens bringen. — Stammte das Recht nicht von Oben, aus jener idealen Höhe, so würde es sicher in der gemeinen Wirklichkeit sich und seine Aufgabe verlieren; von dort hat es seinen Schwung, wie es von Unten seine Fülle empfängt.

Wo diese Richtungen des Grundes und des Zweckes einseitig auftreten, erscheinen sie als Idealismus und Naturalismus. Ich habe sie zunächst als Gegensätze des schöpferischen Rechtstriebes aufgezeigt; allein was von der praktischen Arbeit des Rechtstriebes gilt, hat sich bei den Römern dann im theoretischen Rechtsbewußtseyn der Kaiserzeit fortgesetzt: war doch die Jurisprudenz der Römer zugleich auch eine schöpferische Triebkraft des nationalen Geistes. Was im Gegensatz des *jus civile* und *honorarium* vorgebildet schien, wiederholte und spiegelte sich in dem Gegensatze der Proculianer und Sabinianer; die Ersteren vertraten den idealistischen Geist des Römerthums, die Anderen den naturalistischen Sinn des Peregrinenthums in der Wissenschaft und Speculation, und da das Principat sich vornehmlich auf das Peregrinenthum stützte, so war es eben natürlich, daß die Sabinianer am raschesten sich mit der neuen imperatorischen Entwickelung befreundeten. Der Sabinianismus im röm. Recht ist der Blick nach dem Orient, im Osten aber wog der Hellenismus vor: so könnten wir auch sagen, daß mit Capito und Sabinus die hellenistische Wendung der röm. Rechtswissenschaft ihren Anfang nahm, und die Bahn eröffnet ward, auf welcher das röm. Recht schließlich über sich selbst hinauskam. Es führt eine Kette von Sabinus bis Hermogenian, welche ganz parallel läuft der Kette von Augustus bis Diocletian.

L. Was eben angedeutet wurde, ist nicht ohne Weiteres durch die bisherigen Leistungen unserer dogmengeschichtlichen Jurisprudenz beglaubigt, und auch an dieser Stelle ist es unmöglich, die eigentliche Beweisführung hinzuzufügen. Hier mögen nur einige Spitzen kurz berührt werden, welche gleich Signalstangen dem vorläufigen Blick die rechte Richtung geben. Die Linie im Großen und Ganzen ist ja dadurch vorgezeichnet, daß vom allgemeinen Gesichtspunkt aus festgestellt werden konnte, wie eben jener Gegensatz des Idealismus und Naturalismus durch die ganze damalige Entwickelung bedingt, und wie er ein solches Postulat der Zeit war, daß er von uns vermuthet und ersonnen werden müßte, wenn es auch an allem positiven Anhalt fehlte. Ist die Jurisprudenz der Römer wirklich von der culturgeschichtlichen Bedeutung gewesen, wie immer angenommen worden ist, so muß auch ihre Geschichte Erscheinungen von solcher Höhe und Tiefe aufweisen, wie sie im Obigen angenommen und durch culturgeschichtliche Parallelen ins Licht gestellt wurden.

Die menschliche Phantasie, Idee und That ist ein ideales Moment gegenüber dem von der Natur gebotenen Material: Labeo hat es in seiner Specifi-

cationstheorie und dann in seinem Lehrsatze vom ἀποτέλεσμα in der *locatio operis* zur Geltung gebracht. — Ein idealer Zug des nationalen Rechts war es, daß Obligationen nur durch ein *in contrarium agi ipso jure* aufgehoben, eine civile Kraftwirkung durch die entgegengesetzte gleichartige, also wieder civile, Kraftäußerung paralysirt werde; es ist dem gegenüber, wie wir aus der Streitfrage über *in solutum datio* und aus Bemerkungen des Pomponius[1] schließen müssen, ein Einfluß der Sabinianer, daß der naturale Akt der *solutio* als voller Tilgungsgrund anerkannt und im System der Tilgungsgründe später sogar vorangestellt ward. — In stehenden Benennungen drücken sich typische Ideen aus, und typisch ist, was die Geltung einer ganzen Gattung in sich trägt: darum ist die Schöpfung einer Terminologie ein idealistischer Zug; Labeo war es, der eine Terminologie schuf, freilich *figuram verborum secutus est*[2], aber Proculus setzte die Arbeit fort, sie verinnerlichend und mit dem Wahlspruch: *nominis appellatione rem significari*[3]; so erhob er die *appellatio* zum *nomen*, im *nomen* aber tritt die Idee, die Gattung zu Tage, eingerahmt gleichsam und legitimirt[4]; die terminologische That der Proculianer war zugleich eine dogmatische That. — Während der Naturalismus immer geschmeidig den Umständen Rechnung trägt, liebt der sprödere Idealismus Principien und folglich Einheit und Zusammenhang: in einem wahrhaft großartigen Sinne nun tritt dieses Bedürfniß eines inneren Bandes hervor in jener Proculianischen Ansicht, daß eine verlassene Sache erst mit fremder Besitznahme dem bisherigen Eigenthümer zu seyn aufhöre[5]; offenbar trugen Labeo und Proculus in sich das Bild einer vollständigen Continuität des Rechtsverkehrs, wichtig in einer Zeit allgemeiner Gesellschaftsauflösung und commercieller Atomistik; mit diesem Bilde schien der Gedanke unverträglich, daß Sachen, die einmal hereingehoben in die Rechtswelt den Stempel des Rechtsobjekts empfangen haben, ohne Weiteres dieses Stempels wieder verlustig gehen könnten; solches könnte nur durch Laune oder aus Böswilligkeit beabsichtigt seyn, was unberechtigte Motive sind; praktisch wichtig erwies sich diese Ansicht, wenn es sich um Dereliction eines besteuerten oder mit Servituten belasteten Grundstücks, oder eines von einer Noxalklage begleiteten Sklaven[6] handelte, und nicht bloß für das Civilrecht, sondern auch für das Criminalrecht[7] war das wichtig; allein Sabinus, Cassius und Julianus setzten das Derelictionsdogma durch, welches in seiner gewöhnlichen Anwendung zu billigeren Consequenzen führte und das Band der Verantwortlichkeit minder straff machte[8]. — Die *lex Julia et Papia Poppaea*, das *Sctum Vellejanum* und *Macedonianum*, die *lex Cincia* und das prohibitive Gewohnheitsrecht *de donis int. V. et U.* waren dagegen das rechte Feld für die Zweckmäßigkeitserwägungen der Sabinianer, die hier sich um die pragmatischen Kategorien der *causa dotalis*, *intercessio*, *credita pecunia* und *donatio* bemühten. — Ferner scheint mir unzweifelhaft, daß die processuale Consumtionstheorie, in welcher das alte Sprüchwort „*ne bis de eadem re sit actio*“ civilistisch gestaltet wurde, ein Verdienst des Labeo und seiner Schule war, welche damit der obligationsmäßigen Natur des Proceßorganismus Ausdruck verlieh und den Novationskarakter der Litiscontestatio formulirte, und auch hier war es

---

1) In *fr.* 107. *de sol.* (46, 3) und *fr.* 19. *de duob. reis* (45, 2); vergl. auch *fr.* 25. *de jure dotium* (23, 3).
2) *fr.* 116. *de V. S.* — 3) *fr.* 4. *eod.*
4) Vergl. Cursus § 408. Anm. 3. — 5) *fr.* 2. § 1. *pr. derel.* (41, 7).
6) *fr.* 38. § 1. *de nox. act.* (9, 4). — 7) *fr.* 43. § 5. *de furt.* (47, 2).
8) Vergl. übrigens dazu Puchta Cursus § 241. Anm. q. und Böcking Pand. d. röm. Privatr. II. (1855) S. 188.

dann wieder das Verdienst der Sabinianer, die strenge Consequenz zu temperiren durch ihr Dogma von der *obligatio naturalis judicio inclusa*, sowie durch ihre Absolutionsmaxime. Ueberhaupt ist Alles, was mit der *naturalis ratio* zusammenhängt, vorzugsweise auf Rechnung der Sabinianer zu schreiben, aber indem dann mit scharfer Sonderung ein selbständiges System des *jus naturale* herausgehoben ward, konnte auch der *subtilitas* Rechnung getragen und die *elegantia juris* gewahrt werden, und das ist es, was zuletzt zu betonen ist, daß die dauerhaften Wahrheiten beider Schulen allmählich ihren Extremen entnommen wurden, und so aus dem Gleichgewicht der Kräfte ein großes allgemein gültiges Resultat entsprang. Zu diesen Resultaten gehört vor allen die Erhebung der Sklaven in den Rechtsstand der Personen; die *subtilitas* und die *utilitas* hatten sich gleichsam in die höhere *aequitas* aufgehoben, und diese war die Mutter jener humanen Theorie, welche den Sklaven *jure naturali* frei erklärte.

## V.

## Die neutrale Jurisprudenz.

Daß es im ersten und noch im zweiten Jahrhundert der Kaiserzeit zwei einander gegenüberstehende Juristenschulen in Rom gab, wissen wir nicht bloß aus den Vaticanischen Fragmenten und von Justinian, sondern auch aus Gaius, welcher in seinem Institutionenwerke mit besonderer Vorliebe der zwischen diesen Schulen bestehenden Controversen gedenkt, sowie aus des Pomponius Geschichtswerk[1], worin eine Reihenfolge von acht Proculianern und ebensovielen Sabinianern zusammengestellt ist. Offenbar hat hier Pomponius nur die Häupter der Schulen aufgeführt, von den sonstigen Anhängern schweigt das Digestenfragment; es ist daher für Hypothesen darüber, welche von den sonst noch in den Quellen genannten Juristen Rom's innerhalb oder aber außerhalb der Schulen standen, ein weites Feld.

Ist nun schon an sich zu vermuthen, daß von den zahlreichen Juristen jener Zeit nicht alle sich in den Dienst einer Schule stellten, sondern daß mancher selbständige Kopf auch in der Neutralität seine Selbständigkeit markirte, so spricht für diese Annahme ferner, daß nur so die spätere Ausgleichung des Schulengegensatzes sich ohne nennenswerthe äußere Vorgänge in aller Stille vollziehen konnte. Von einem und zwar sehr namhaften Juristen, Plautius, ist überdies mit ziemlicher Sicherheit anzunehmen, daß er neben den Schulen stand; mit einiger Wahrscheinlichkeit läßt sich dasselbe von seinem Zeitgenossen Titius Aristo annehmen. Nach diesen scheinen es Javolenus, Celsus und Julianus hauptsächlich gewesen zu sein, welche zur Ausgleichung des Schulengegensatzes beitrugen.

Eine Zeit lang hat die Meinung grassirt, es habe neben den zwei Schulen eine dritte Partei oder Schule bestanden, solcher Juristen, welche eklektisch Mittelmeinungen den Streitsätzen gegenübergestellt hätten, und man hat diese angebliche Nebenschule als *Miscelliones*[2] oder gar als *Herciscundi*[3] bezeichnet. Das Richtige daran ist nur dies, daß es manche Juristen gab, welche außerhalb jener Schulen standen[4].

1) *fr. 2. i. f. de O. J.* (1, 2). — 2) nach *Festus v. Miscelliones.*

3) nach einer höchst unglücklichen Conjectur des Cujacius (*Observ.* 10, 4 a. E. und *Notae ad Instit.* § 25. *de rer. divis.*).

4) Hugo Gesch. d. R. R. (*ed.* 9) S. 694. Spangenberg Einleitung i. d. römisch-Just. Rechtsbuch (1818) S. 230. Dirksen Beitr. z. Kunde d. R. R. (1825) S. 131. 139—142.

Auch über die Dauer jenes Schulengegensatzes sind abenteuerliche Ansichten gepflegt worden. Nach einer ehedem verbreiteten Ansicht soll die Ordination des *Edictum perpetuum* unter Hadrian zur Beseitigung des Gegensatzes geführt haben[1], nach einer anderen Ansicht soll der Gegensatz bis auf Justinian gedauert haben[2]. Letztere Ansicht ist durch Vieles widerlegt, erstere Ansicht enthält nur insofern ein Körnchen Wahrheit, als anzunehmen ist, daß der Fortbestand des Schulengegensatzes mit dem *jus publice respondendi* schwer vereinbar war, die Kaiser daher auf dessen Beseitigung bedacht seyn mußten, und vor Allen Hadrian, welcher den Celsus und Julian, also einen hervorragenden Proculianer und Sabinianer in sein Consilium zog, jener Tendenz huldigen mochte[3]. Unter den Posthadrianischen Juristen läßt sich — mit Ausnahme des Gaius — kein Schuljurist mehr mit Bestimmtheit nachweisen.

Unter den Juristen, welche hauptsächlich zur Ausgleichung des Schulengegensatzes beigetragen haben mögen, ist wohl an erster Stelle Plautius zu nennen, ein Jurist, dessen Bedeutung nicht genügend gewürdigt ist. Sie geht daraus hervor, daß seine Schriften von den namhaftesten Juristen, zuletzt noch von Paulus (in wenigstens 18 Büchern) excerpirt wurden, und 228 Plautius-Excerpte in Justinian's Digesten stehen. Er scheint Zeitgenosse des Proculus und Cassius gewesen zu sein, die er beide citirt[4], und nicht bloß hieraus, sondern aus dem Umstande, daß der Proculianer Neratius und der Sabinianer Javolenus, welche Zeitgenossen waren, den Plautius excerpirten, erhellt, daß sein Standpunkt ein neutraler war und in dieser Region die, welche sonst Gegner waren, sich zusammenfinden konnten. Aus der eigenthümlichen Bemerkung in *Vatic. fragm.* 77[5] könnte vielleicht geschlossen werden, daß des Plautius Werk reich an Citaten der verschiedenen Schuljuristen war. Je freier Plautius den beiden Schulen gegenüberstand, um so mehr mußte sein Ansehn in der Doctrin dann zur Ueberwindung des Gegensatzes derselben beitragen.

Neben ihm ist der gleichzeitige Titius Aristo zu nennen, welcher nach des Plinius[6] Schilderung eine hervorragende Persönlichkeit gewesen seyn muß. Er wird sehr häufig von den Pandektenjuristen citirt, und zwar bald neben Proculianern, bald neben Sabinianern; wenn es richtig ist, daß er nicht bloß Werke des Sabinus und des Cassius[7], sondern auch die *Posteriora* des Labeo neu herausgab[8], so deutet auch das auf seinen freien Standpunkt hin; sein Einfluß muß also in der Richtung eines Ausgleichs des Gegensatzes gegangen seyn. Auch an Javolenus, dem Lehrer Julians und Zeitgenossen des Vorigen, ist eine ausgleichende Richtung wahrzunehmen, denn nicht bloß, daß er (gleich seinem Zeitgenossen, dem Proculianer Neratius) den Plautius excerpirte, sondern er excerpirte auch die Posteriora des Labeo so gut, wie das Civilwerk des Cassius. Es ist also nicht ganz ohne Grund, wenn die Ansicht ausgesprochen worden ist, daß in den späteren Generationen der Schulen ihr Streit minder lebhaft geführt worden sei[9].

1) Mascov *de sectis Sab. et Procul. c.* 7. § 1. Hommel *Disp. de principali causa dissensionum int. Lab. et Cap.* (*Lips.* 1750) § 12.

2) Spangenberg *l. c.* S. 231. — 3) S. Cursus § 313.

4) *fr.* 8. *de auro* (34, 2); *fr.* 43. *pr. de condit.* (35, 1).

5) „*Omnes auctores apud Plautium de hoc consenserunt, ut et Celsus et Julianus eleganter ajunt*".

6) *Ep.* 1, 22; 8, 14.

7) *fr.* 6. *de usu* (7, 8); *fr.* 3. § 1. *de penu leg.* (33, 9); — *fr.* 7. § 3; *fr.* 17. *de usufr.* (7, 1).

8) *fr.* 17. § 5. *de her. inst.* (28, 5); dazu *fr.* 3. § 1. 2. *de penu leg.* (33, 9). — Das wohl corrumpirte Citat des Aristo in *fr.* 44. *pr. sol. matr.* (24, 3) beweist nicht für ein Digestenwerk des Aristo und scheint auf eine von Pomponius besorgte Ausgabe des Aristo gedeutet werden zu müssen.

9) Vergl. Dirksen Beitr. S. 133. 134.

Am wichtigsten mag in dieser Hinsicht der Einfluß des Celsus und seines Collegen im Consilium Hadrians, Julianus, gewesen seyn. Nach Julian — mit Maecianus (und Gaius) — beginnt die gräcisirende Periode der Jurisprudenz, und daß diese nicht mehr das alte Interesse an den Schulen Roms haben konnte, liegt auf der Hand; es mag auch seyn, daß der Ruhepunkt, welcher für die Gesetzgebung durch die definitive *ordinatio Edicti* gewonnen war, für Stillung der prallenden Wogen der Doctrin gestimmt hat. Celsus und Julian gingen Hand in Hand; es ist nicht zu glauben, daß ihre beiderseitigen Digestenwerke, diese neue Erscheinung in der juristischen Literaturgeschichte, ohne beiderseitiges Einvernehmen entstanden: in diesen sollte die bisherige Bewegung der Doctrin eine Art Abschluß finden. Wenn, wie Sanio[1] bemerkt, Celsus und Julian sich gegenseitig nicht citirten, so ist das natürlich, da ihre Schriften gleichzeitig entstanden, und kann also nicht als Beweis eines Antagonismus gelten; ein Mal[2] bezieht sich Julian ausdrücklich auf die Uebereinstimmung mit seinem Collegen, und Ulpian, welcher die Digesten beider Vorgänger häufig benutzt, hebt nicht selten ihre Uebereinstimmung hervor. Sanio hat auch bemerkt, daß Ulpian in seinen großen Commentaren zum Sabinusbuch und zum Edikt eine Gesammtübersicht des ganzen bisherigen Juristenrechts bezweckte, und daß den Kern beider Compilationen (außer dem Pomponius) Julian's und des Celsus Digesten bilden, in welchen er die ältere Literatur reichlich benutzt und angeführt fand: dies beweist, daß man auch bei den Römern selbst später jene Digestenwerke als eine Art Abschluß der bisherigen Doctrin und mithin auch des Schulendualismus angesehen hat. Schon dem Pomponius, von welchem wir doch zahlreiche und umfassende Fragmente haben, hat offenbar der Schulenzwiespalt als abgethan gegolten, denn er gerirt sich nirgends als Anhänger einer Schule; seinen neutralen Standpunkt hat er außerdem durch Excerpirung des Plautius bekundet. Daß ein so abseits stehender Jurist, wie Gaius, gleichsam *post festum* sich mit ungewöhnlicher Emphase als Sabinianer bekennt, beweist weniger für die Fortdauer des Schulengegensatzes, als für das Nachhinken des zu seiner Zeit obscuren Docenten. Die Digesten des Celsus und Julian sind der Ausdruck der geeinigten Jurisprudenz; auf ihnen ruht die letzte Stufe, welche durch Marcian und Papinian erstiegen wurde: diese heben auch das *jus extraordinarium* auf die Höhe der Theorie, während Ulpian und Paulus in ihren großen Commentaren die ganze Entwickelung des übrigen Rechts zusammenfassen und die Resultate der Entwickelung nach dem Bildungszuschnitt ihrer Zeit popularisiren.

## VI.

## Labeo und Gaius.

Zu § 318. 319] Labeo und Gaius sind die beiden Namen, mit welchen die Schulenkette anhebt und schließt. Wir nennen beide hier zusammen, nicht weil sie auf gleicher Wage gewogen werden könnten, sondern weil der Reiz des Gegensatzes dazu treibt. Labeo steht im Centrum des röm. Geistes, Gaius ganz draußen an der Peripherie und mitten in der Atmosphäre des Hellenismus. Labeo war ein Genius, der eine Welt von Ideen in sich trug und mit mannhaftem Selbstbewußtseyn dafür eintrat; Gaius war ein Kopf

1) Zur Geschichte d. Röm. Rechtswiss. (1858) S. 16. — 2) *fr.* 13. *pr. de lib. et post.* (28, 2).

ohne alle eigne Ideen und hielt zu einer Zeit, wo keiner sonst mehr von den Schulen sprach, mit ängstlicher Gespreiztheit den Schild des Sabinus vor sein Lehrbuch. Von Labeo's Leben und Karakter wissen wir verhältnißmäßig viel, von Gaius so gut wie gar nichts: wir erkennen daraus, welchen Werth die Zeitgenossen auf jenen und diesen Juristen legten. Aber die nachclassische Zeit ließ den Labeo in Schatten sinken und erhob den Gaius auf das glänzende Piedestal der Koryphäen: wir erkennen daraus, wie diese spätere Zeit sich von dem Wesen der classischen Antike entfernte, und das Peregrinenthum die Oberhand über das Römerthum gewonnen hatte. Kein Jurist ist so viel, wie Labeo, und kein Jurist so wenig, wie Gaius, von den classischen Juristen der Römer selbst citirt worden, und wenn mit Labeo's Namen das volle Sonnenlicht über dem Hochland der Jurisprudenz hervorzubrechen scheint[1], so möchte Gaius nur als ein silbernes Mondlicht an demselben Firmamente geachtet werden. Labeo ist als der eigentliche Schöpfer der juristischen Theorie der Römer zu achten, sein Gesicht ist der Zukunft zugekehrt, während Gaius mit seiner Betonung des Schulengegensatzes gleichsam rückwärts blickt. Labeo ist lange nicht hoch genug, Gaius viel zu hoch von der modernen Doctrin taxirt worden. Es ist mithin von Aehnlichkeit fast nichts weiter zu merken, als daß beide Juristen einen Commentar zu den XII Tafeln geschrieben haben[2], und daß Labeo ganz besonders ein Theoretiker und Gaius überhaupt nur ein Mann der Theorie war.

Labeo hatte nicht bloß bei Trebatius, als dessen Schüler er vorzugsweise gelten kann, sondern auch bei Ofilius gehört; allein er hielt sich durchaus frei von dem Schwören *in verbi magistrati;* nicht bloß von dem Letzteren[3], sondern häufig auch von dem Ersteren[4] wich er ab. Dies folgte aus der Selbständigkeit seines Karakters, welche nicht bloß in der politischen, sondern ebenso in der wissenschaftlichen Haltung sich bewährte. Capito galt als sein Gegner, aber feindlich oder neidisch können die Beiden nicht gegeneinander gestanden haben, denn Labeo citirt den Capito[5], und dieser sagt in einem bekannt gewordenen Briefe über Labeo aus, *legum atque morum populi Romani jurisque civilis doctum apprime fuisse*[6]*;* freilich hält sich in eben diesem Briefe Capito darüber auf, daß Labeo einmal dem Befehl eines Volkstribunen nicht gewillfahrt habe, *„quoniam moribus majorum tribuni plebis prensionem haberent, vocationem non haberent; posse igitur eos venire et prendi se jubere, sed vocandi absentem jus non habere"*, und Gellius beistimmend nennt das eine *vana fiducia* und ruft: *„quae autem ratio fuit, vocantibus nolle obsequi, quos confiteare jus habere prendendi? nam jure prendi qui potest, etiam in vincula duci potest"*. Wir wundern uns nicht, daß der epigonische Antiquar Gellius kein Verständniß hatte für den conservativen und scharfen Rechtsstandpunkt eines Juristen derjenigen Zeit, in welcher so Vieles umgestürzt wurde, und alle Grundlagen der alten Rechtsordnung in Frage gestellt schienen, und ebenso begreiflich ist, daß Capito

---

1) Es wäre besonders wichtig, ein zusammenhängendes Bild von dem Stande der Rechtswissenschaft unmittelbar vor Labeo zu empfangen. Pernice's Labeo ist viel zu breit angelegt und verliert sich zu oft in abliegende Einzelnheiten, um auch nur annähernd jenes Interesse zu befriedigen. Die Entwerfung jenes Bildes, wofür Material genug vorliegt, wäre der Anfang einer Geschichte der römischen Jurisprudenz, deren Mangel einer der grössten Mängel in der Geschichte der Antike ist.

2) Es wäre interessant, zu wissen, wieviel dabei Gaius, der so oft sich als Sabinianer verkündigt, aus dem Werke des Stifters der Gegenschule abschrieb, z. B. vielleicht den Witz in *fr. 3. de litig.* (44, 6), welchen der nüchterne Gaius (*lib. VI. ad leg. XII tab.*) schwerlich auf eigne Verantwortung und aus eigner Erfindung gewagt hat. Der ächte Sabinianer würde hier gewiss an den Fiscus gedacht haben. — 3) z. B. bei *Gai.* 3, 140.

4) s. z. B. *Gell.* 4, 2 und Zimmern Rechtsgesch. I. § 80. Anm. 10.

5) s. *fr.* 79. § 1. *de jure dot.* (23, 3); *fr.* 30. § *ult. de leg. III.* — 6) *Gell.* 13, 12.

selbst, der eifrige Anhänger des neuen Regimes, in jenem Briefe hinzufügt: *„Sed agitabat hominem libertas quaedam nimia atque vecors, usque adeo ut D. Augusto jam principe et rempublicam obtinente ratum tamen pensumque nihil haberet, nisi quod justum sanctumque esse in Romanis antiquitatibus legisset“.* Es gibt ja Leute, die es schwer verstehen, wenn ein kräftiger und gewissenhafter Geist nicht jedem Erfolge eines Rechtsbruchs zujauchzt, aber uns gebührt, neben der ehrenwerthen Ungefügigkeit und dem antikrömischen Rigorismus Labeo's überdies zu würdigen, wie derselbe Geist in seiner Wissenschaft Neues über Neues zu Tage förderte[1], während Capito unfruchtbar am Alten hängen blieb. Trebatius hatte dem Augustus Muth gemacht, der neuen Sitte freier Fideicommisse durch seinen Vorgang Sanction zu ertheilen, und es wird von Labeo berichtet[2], daß auch er dieses Institut thatsächlich anerkannt und so den wirklichen Ausschlag gegeben habe: *„post quae tempora, cum et Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur“;* die Autorität des Labeo entschied diese Frage des Privatrechts, über welches er mehr als selbst Augustus zu gebieten schien.

Es war übrigens wohl nicht bloß Widerwille gegen die Flut der Staatsneuerungen, sondern auch das Bedürfniß der ruhigen Sammlung für die wissenschaftliche Arbeit, was den Labeo bestimmte, die Offerte öffentlicher Ehrenämter abzulehnen[3]; uns beweist diese Offerte nur, welches Gewicht vom neuen Machthaber auf die Anerkennung des Civilisten gelegt wurde. Labeo's Leben war von juristischer Thätigkeit in Theorie und Praxis angefüllt, wie selten eines Mannes Leben; *„reliquit quadringenta volumina, ex quibus plurima inter manus versantur“,* sagt Pomponius und faßt sein Urtheil über diesen Mann im Vergleich mit seinem Gegner also zusammen: *Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat, Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit“:* gewiß ein beträchtliches Lob in dem Munde eines Berichterstatters, welcher sich selbst eher zur Gegenpartei zählte! Es war ein schönes Bild, dieses neidlose Nebeneinanderstehen zweier solchen Celebritäten, welche von Tacitus[4] mit Recht als die zwei Friedenszierden dieser eigenthümlichen Zeit gepriesen wurden: *„Capito Atejus Principem in civitate studiis civilibus assecutus; consulatum ei acceleraverat Augustus, ut Labeonem Antistium, iisdem artibus praecellentem, dignatione ejus mgaistratus anteiret; namque illa aetas duo pacis decora simul tulit; sed Labeo incorrupta libertate et ob id fama celebratior, Capitonis obsequium dominantibus magis probabatur; illi, quod praeturam intra stetit, commendatio ex injuria, huic, quod consulatum adeptus est, odium ex invidia oriebatur“.* Eine Illustration dieses bedeutenden Urtheils ist der Umstand, daß Capito verhältnißmäßig selten, Labeo sehr häufig bei den Digestenjuristen citirt wird, und daß, während von Capito's Schriften keine in den Digesten benutzt worden ist, aus zwei Werken Labeo's nicht weniger als 63 Stellen dort Aufnahme gefunden haben. Auch Capito war im Besitze einer nicht gewöhnlichen Gelehrsamkeit: Tacitus[5] bezeichnet ihn als *humani divinique juris sciens,* Gellius[6] als *publici privatique juris peritissimus,* und Macrobius[7] als *pontificii juris inter primos peritus;* aber weit über ihm ragte an Unabhängigkeit des Karakters und Höhe des Genius sein Parteigegner hervor. Als Labeo bei der von Augustus verstatteten

---

1) Vergl. z. B. *Gai.* 2, 231; *pr. J. de codicill.* (2, 25). — 2) *pr. J. cit.*
3) Pomp. in *fr.* 2. § 47. *de O. J.* — 4) *Ann.* 3, 75. — 5) *Ann.* 3, 70.
6) 10, 20. — 7) *Saturn.* 7, 18.

freien *lectio Senatus* den verbannten Lepidus erkor, antwortete er dem Princeps auf dessen Bemerkung, ob es nicht würdigere Römer gebe, stolz: *suum quemque judicium habere*[1], und Gellius[2] verbreitet sich über die Thätigkeit Labeo's also: „*Juris quidem civilis disciplinam principali studio exercuit, et consulentibus de jure publice responsitavit. Ceterarum quoque bonarum artium non expers fuit, et in grammaticam sese atque dialecticam literasque antiquiores altioresque penetraverat, latinarumque vocum origines rationesque percalluerat: eaque praecipue scientia ad enodandos plerosque juris laqueos utebatur. Sunt adeo libri post mortem ejus editi, qui „Posteriores" inscribuntur; quorum librorum tres continui (38—40) pleni sunt id genus rerum ad enarrandam et illustrandam linguam latinam conducentium. Praeterea in libris, quos ad Praetoris Edictum scripsit, multa posuit partim lepide atque argute reperta, sicut hoc est, quod in IV. ad Edictum libro scriptum legimus: Soror, inquit, appellata est, quod quasi seorsum nascitur, separaturque ab ea domo, in qua nata est, et in aliam familiam transgreditur. (Fratris autem vocabulo P. Nigidius, homo impense doctus, non minus arguto subtilique* ἐτύμῳ *interpretatur: Frater, inquit, est dictus quasi fere alter*").

Die Lehrthätigkeit Labeo's verdient noch eine besondere Beachtung. Während von Mucius Scaevola bemerkt wird, daß er sich nicht habe bereit finden lassen, eigentlichen Lehrunterricht zu geben[3], erhellt aus des Pomponius Darstellung[4], daß Labeo in seiner Neigung zu theoretischen Studien, abgekehrt vom praktischen Staatsleben, sich einen großen Theil des Jahrs seinen Schülern widmete und den ersten Anstoß zur Entstehung des Schulengegensatzes gab, indem er *ingenii qualitate et fiducia doctrinae* der Theorie des Rechts eine neue Richtung gab und die Sitte einführte, ein Privatauditorium[5] für geordneten Rechtsunterricht (*auditorium, schola, statio publice docentis*) zu halten. Elemente des theoretischen Rechtsunterrichts gab es allerdings schon in der republikanischen Zeit, denn das *instituere*[6] bedeutete im Sprachgebrauch dieser Zeit die Anfangsgründe des theoretischen Unterrichts (im Unterschied vom *instruere*, d. h. der Unterweisung in der Praxis); aber von eigentlichen *stationes*, auf welche die Erbfolge (*successio*) von Lehrern Anwendung hatte, wissen wir erst in der Kaiserzeit, und nicht dem am Alten hängenden Capito, sondern dem neue Bahnen eröffnenden Labeo mag die Ehre dieser Erfindung gebühren[7]. —

Die wirksamste Folie dieses ausgezeichneten Edelsteins des Römerthums ist der Name desjenigen Rechtsgelehrten, mit welchem Mommsen's glänzende Conjectur neuerdings die bisher unbekannte Classe der Provinzialjuristen inaugurirt hat. Wohl über keinen einzigen unter sämmtlichen Juristen Rom's, selbst vielleicht den alten Q. Mucius Scaevola und den gefeierten Papinian nicht ausgenommen, besitzen wir eine solche Fülle persönlicher Notizen, wie über Labeo, was sich durch den Eindruck der Größe dieses Mannes auf seine Zeit erklärt; das gerade Gegentheil gilt von Gaius. So steht denn dessen

---

1) *Suet. Octav.* 54. — 2) 13, 10. — 3) *Cic. Brut.* 89.
4) in *fr.* 2. § 47. *de O. J.* (1, 2)
5) Bremer die Rechtslehrer und Rechtsschulen i. Röm. Kaiserreich (1868) S. 8 ff.
6) *Servius institutus a Balbo Lucilio, instructus autem a Gallo Aquilio — Labeo institutus est a Trebatio: fr.* 2. § 43. 47. *de O. J.*
7) *juris civilis disciplinam principali studio exercuit: Gell.* 13, 10. Vergl. Bremer *l. c.* S. 47. Dernburg die Institutionen des Gaius (1869) S. 27. Abweichend Pernice Labeo I. S. 34. Aeltere Literatur: Neuber Die jurist. Classiker; ein Beitr. z. civil. Biographie. Thl. I. (Berl. 1806). S. 76—92. Zimmern Rechtsgesch. I. § 66. 82. 83. Puchta Curs. I. § 96. Rudorff Rechtsgesch. I. § 66. 70.

Name über einem fast leeren Raume, welcher hinlänglichen Reiz zu Conjecturen bietet. Diesen Raum hat Mommsen auszufüllen versucht, indem er aufstellt, daß Gaius ein Provinzialjurist zu Troas, einer der διδασκαλοὶ ἐν ἐπαρχίᾳ διδάσκοντες[1] gewesen sei.

Denn daß er unter den Griechen lehrte und angesehen war, beweist die Vulgärnennung nach dem bloßen Vornamen, die sich nur in griechischen Kreisen, d. h. in der lateinischen Diaspora des Orients, gebildet haben konnte[2], und mit jener Annahme wird erklärlich, daß von ihm trotz seiner sonst alle Seiten umfassenden schriftstellerischen Thätigkeit keine Responsa vorliegen, daß er in der praktischen Literatur nicht allegirt worden ist[3], und daß seine Schriften erst lange Zeit nach seinem Tode durch das Citirgesetz nachträglich unter die *Jura* eingereiht worden sind; daß ferner Gaius unter allen uns bekannten Juristen sich durch eine bemerkenswerthe Berücksichtigung des Provinzialrechts auszeichnet, namentlich allein das Edikt zwei Mal bearbeitet hat, theils als *Edictum praetoris urbani*, theils als *Edictum provinciale.* Daraus aber, daß Gaius hier den edicirenden Magistrat ohne Ausnahme *proconsul* (nicht *proconsul legatusve Caesaris*) nennt, ist zu vermuthen, daß er das Edikt einer einzelnen unter einem Proconsul stehenden Provinz commentirte; es „bleibt die abgesonderte Bearbeitung des Magistratsrechts einer bestimmten Provinz eine für uns einzig dastehende und sehr merkwürdige Erscheinung. War aber Gaius unter allen uns bekannt gewordenen juristischen Schriftstellern der einzige provinziale Jurist, so haben wir auch dazu den Schlüssel". Hierzu kommt des Gaius Richtung auf die älteren Quellen des Rechts, die zu einer dem hauptstädtischen Rechtsbetrieb und dem täglichen Rescripten- und Gutachten-Regen entrückten Professorenexistenz recht wohl paßte, und daß Gaius keinen jüngeren Juristen, als Julian, anführte; ferner daß er der einzige nachaugustische Jurist ist, welcher die XII Tafeln commentirte, wobei er eine Darstellung der Rechtsentwickelung von Entstehung der Stadt als Einleitung vorausschickte[4], während es ihm anderseits widerfahren ist, daß er neuere Verordnungen übersah, die er hätte berücksichtigen müssen: so in den Institutionen das schon unter Hadrian erlassene *Sctum Tertullianum* (das jedenfalls vor 161 erlassen war). Dazu kommt die treffende Herbeiziehung einzelner Wörter der griechischen Umgangssprache[5] und die Berücksichtigung des nichtröm. Rechts, die so, wie bei Gaius, nirgends wieder begegnet, indem er mit den XII Tafeln die Solonischen Gesetze vergleicht[6], und nicht bloß im Allgemeinen das abweichende Recht der Peregrinen[7], sondern auch im Besonderen das der Galater und Bithyner erwähnt[8]. In *fr. 7. de cens.* (*50, 15*) endlich benennt er 3 Städte der griechischen Reichshälfte und Troas an der Spitze: diese Spuren leiten nach Kleinasien, und überdies führt Obiges uns in eine proconsularische Provinz, also Asia, wenn von der zu weit abliegenden lykisch-pamphylischen abgesehen wird. „So ging denn seine Bearbeitung des Provinzialrechts wahrscheinlich auf denselben Juristen zurück, den er seiner Darstellung des Civilrechts (diese schloß sich nicht an das Compendium des Sabinus, sondern an die *libri XVIII* des Scaevola) zu-

1) Modest. in *fr. 6. § 12. de excus.* (27, 1).

2) Einige Male werden in den Digesten Justinian's Schriften eines Gaius citirt; jedenfalls ist darunter G. Cassius Longinus, der Sabinianer, zu verstehen. Es ist bemerkenswerth, dass der spätere Gaius sich so nennen liess, wie manchmal der berühmte Cassius (von Javolen und Julian) genannt wurde. Abweichend Fitting Ueb. d. Alter d. Schriften röm. Juristen (1860) S. 11. 19. Dagegen Pernice Labeo I. S. 85. — 3) Wäre auch nur ein einziges Citat, die Compilatoren würde die Stelle sicher nicht übergangen, sondern wie einen Schatz bewahrt haben.

4) *fr. 1. de O. J.* (1, 2). — 5) *fr. 25. loc.* (19, 2); *fr. 30. 233. § 2; fr. 236. § 1. de V. S.*

6) *fr. 13. fin. reg.* (10, 1); *fr. 4. de colleg.* (47, 22). — 7) *Gai.* 3, 96, 134. — 8) *Gai.* 1, 55. 193.

grunde gelegt hatte; denn es ist guter Grund anzunehmen, daß das von Q. Mucius Scaevola als Statthalter von Asien erlassene Edikt für die Folgezeit in dieser Provinz maßgebend blieb; der Senat gab den Nachfolgern Scaevola's die Instruction, sich durchaus nach dessen Verfahren zu richten[1]; auch das seitdem in Asien gefeierte Mucische Fest mag damit in Verbindung gebracht werden[2]. Nun war Troas eine der namhaftesten Städte der Proconsularprovinz Asia, seit August röm. Colonie mit italischem Bodenrecht und mit der lateinischen als officieller Sprache, wie ihre Münzen und Municipalinschriften beweisen. So endlich ist es begreiflich, wie die constantinopolitanischen Juristen dazu gekommen sind, auf diesen Localjuristen Rücksicht zu nehmen"[3].

Einigen Bedenken, die namentlich in Betreff des allerletzten Gliedes dieser sinnreichen Conjectur auftauchen könnten, begegnet Asher[4]. Außerdem ist die Conjectur auch von Bluhme[5] gebilligt, dagegen von Huschke[6], Rudorff[7] und Dernburg[8] bestritten, dann wieder von Bremer[9] und Boecking[10] in Schutz genommen worden. Eine hohe Wahrscheinlichkeit finde ich auf Mommsen's Seite, und die Entdeckung eines orientalischen Provinzialjuristen so werthvoll für die Perspektive in dem Bilde der röm. Juristenwelt, daß man ungern wieder auf sie verzichten würde. Darauf, ob Gaius zu Troas, oder aber zu Berytus, wie Bremer[11] vermuthet, docirte, kommt wenig an; wichtiger ist, daß wir zu einem klaren Urtheil über den literärgeschichtlichen Werth dieses Juristen, der fast nur theoretische Schriften im engern Sinne veröffentlichte, gelangen. Ich meinerseits halte ihn für ein ziemlich untergeordnetes Ingenium und kann nicht einstimmen in die Hochstellung, welche seit lange üblich ist, und noch von Rudorff, v. Bethmann-Hollweg[12] und Dernburg neuerdings vertreten worden ist. Wie ist das wohl zu denken, daß ein Jurist, der nirgends von gleichzeitigen oder späteren Juristen, nicht einmal von den ihm vielleicht gleichartigsten Juristen, Marcian und Ulpian, auch nicht in den Vaticanischen Fragmenten citirt wird, mit seinem Institutionenwerke unter den Römern Epoche gemacht haben und die Schuleintheilung des *jus quod ad personas, res vel actiones pertinet* sich auf Gaius als Erfinder zurückführen sollte! An zahllosen Stellen läßt sich die unpräcise und schwankende Gedankenwelt des Gaius nachweisen; er schrieb über Rechtsgeschichte, die er nicht verstand[13]; der Trivialitäten und Ungeschicktheiten gibt es bei ihm allein mehr, als bei sämmtlichen Citirjuristen zusammen[14]; nur ein Provinzialjurist konnte schreiben, was Gai. 1, 5 geschrieben hat: *nec unquam dubitatum est* (?!), *quin id* (*sc. constitutio principis*) *legis vicem obtineat;* nur ein außerhalb der römischen Tradition stehender Griechenjurist[15] konnte das *jus gentium* für älter als das *jus civile* erklären[16], für die (ehemalige) Tutelbedürftigkeit der Frauen kein Verständniß haben[17], ohne Umstände eine *traditio ad incertam personam* annehmen[18], und die *usucapio* auf eine nur die Klagenverjährung treffende Weise motiviren[19].

1) *Val. Max.* 8, 15, 6; dazu *Cic. ad Att.* 6, 1, 15. — 2) Drumann Röm. Gesch. VI. S. 53.
3) Mommsen in Bekker's Jahrb. des gem. R. III. S. 1—15. Dazu Teuffel Gesch. d. röm. Liter. (*ed.* 3. 1875) § 361.
4) in Rudorff's Zeitschr. f. Rechtsgesch. V. S. 87—100. — 5) ebendas. III. S. 452.
6) *Jurispr. antejust. ed. I. p.* 77 *q.* und i. d. angeführten Zeitschr. VII. S. 161—168.
7) *ibid. III.* S. 17. — 8) Die Institutionen d. Gaius, S. 80 ff.
9) *l. c.* S. 78. Vergl. auch v. Bethmann-Hollweg in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. V. S. 370.
10) *Gaius ed.* 5. *p. V.* — 11) *l. c.* S. 77—82. — 12) *l. c.* S. 378. 379.
13) *Gai.* 3, 193. 216; 4, 20.
14) z. B. *Gai.* 3, 194; *fr.* 5. § 2. *de O. et A.* (44, 7); — *fr.* 9. *de usurp.* (41, 3); — *Gai.* 2, 96 (?).
15) trotz *fr.* 233. 236. *de V. S.* — 16) *fr.* 1. *de acq. dom.* (41, 1).
17) *Gai.* 1, 190. — 18) *fr.* 9. § 7. *eod.* — 19) *fr.* 1. *de usurp.* (41, 3).

## VII.

## Herkunft und Lebensstellung der classischen Juristen.

Zu § 320] Mit Neratius Priscus und Aristo, welche von Trajan in dessen Staatsrath gezogen wurden [1], dann Celsus und Julian, welche mit Neratius in das Consilium Hadrian's traten [2], bereitet sich eine neue Phase des Juristenstands vor; ihr Gepräge ist, daß die hervorragenden Vertreter der Jurisprudenz, welche bisher meistens ihre Laufbahn im republikanischen Aemtersystem machten und höchstens etwa Günstlinge und gleichsam Clienten der Kaiser waren, nun auf die Höhe des kaiserlichen Staatswesens gestellt, dem Kaiserthron angenähert und in engste Beziehung zu dessen Interessen gesetzt, Rathgeber (*consiliarii*), Vertraute (*amici*) und Lehrer (*praeceptores*) der Kaiser und Thronfolger werden. So ist es erklärlich, daß die Jurisprudenz dieser Zeit mit Vorliebe sich dem kaiserlichen *jus extraordinarium* zuwendet und in der nationalrömischen Wissenschaft griechisch-asiatisches Colorit bemerkbar wird; auch ist es begreiflich, daß so Gestellte nicht wohl mehr als Parteihäupter in den Schulen auftreten konnten; seit Julian wissen wir von keinem Parteihaupt mehr.

Julianus, zu Hadrumet in Afrika geboren, bekleidete das Amt eines *praefectus Urbi* [3], die *Divi Fratres* nennen den Maecianus *amicus noster* [4], und derselbe war der Lehrer des Marc Aurel gewesen [5]. Maecianus gehört zur Schule Julian's [6]; in ihm kündigt sich bereits die gräcisirende Periode an, denn er schrieb einen griechischen Commentar über die *lex Rhodia de jactu* [7]; aber erst in der Schule Scaevola's [8] trat diese Richtung allgemeiner hervor. Scaevola war der Lehrer des Septimius Severus [9] und wurde von Marc Aurel vorzugsweise zu Rathe gezogen [10]; man vermuthet [11], daß er griechischer Abkunft war, lange in Kleinasien lebte und vielleicht auch eine Zeit lang Rechtslehrer in Berytus [12] war. Wenn man im 2. Jahrh. klagte, der ganze Orontes, der syrische Hauptfluß, sei in die Tiber eingeströmt: so kann auch die Jurisprudenz jener Zeit nicht ganz frei von solchem Einfluß geblieben seyn; seit Trajan, dem Spanier, kam es immer häufiger vor, daß Provinzialen Aufnahme in den Senat fanden. So ist es nur ein einzelnes Moment in der allgemeinen Kulturströmung, wenn Juristen griechischer Bildung auftreten, und nicht bloß Gaius, sondern einige der bedeutendsten Juristen griechischen Kulturconnex verrathen. Papinian scheint Asiate von Geburt zu seyn, vielleicht aus Syrien [13]. Tertullian, wenn er identisch mit dem Kirchenvater ist, ist Afrikaner, gleich Julian; Callistratus vielleicht Syrier, Marcian vielleicht Kleinasiat, Tryphonin vielleicht Cölesyrier [14]. Daß Ulpian aus Phönizien (Tyrus) stammt, erfahren wir durch ihn selbst [15]; daß auch Modestin Provinziale ist, ist mehr als wahrscheinlich [16]. Sowohl Papinian, als auch Modestin hat eine griechische Schrift verfaßt.

Während in der ersten Hälfte dieser Periode die großen Juristen das

---

1) *fr. 5. si a parente* (47, 12). — 2) *Spartian. Hadr.* 18. — 3) s. Zimmern I. S. 336.
4) *fr.* 17. *pr. de jure patron.* (37, 14). — 5) *Capit. Marc.* 3. *Marc. Aurel. vita* 1, 8.
6) neben Terentius Clemens, African und (?) Scaevola; s. Bremer *l. c.* S. 49. 53.
7) *fr.* 9. *de lege Rhodia de jactu* (14, 2).
8) Tryphonin, Papinian, Ulpian, Paulus; s. Bremer *l. c* S. 58.
9) *Spartian. Caracalla* 8. — 10) *Capitol. Marc.* 11. — 11) Bremer *l. c.* S. 90.
12) Rechtsschule von Hadrian, oder schon von August gegründet? Rudorff I. S. 310.
13) Bremer *l. c.* S. 88. — 14) Bremer *l. c.* S. 95—101.
15) *fr.* 1. *pr. de cens.* (50, 15); dazu *fr.* 1. § 6; *fr.* 70. *de V. O.* (45, 1); *fr.* 4. § 5. *de off. procons.* (1, 16). — 16) Bremer *l. c.* S. 93. Arrius Menander weist gleichfalls auf Griechenland hin.

Consulat zu erlangen pflegten[1], herrscht in der zweiten Hälfte die Bekleidung kaiserlicher Aemter vor. Julian war *Praefectus Urbi, Maecian Praefectus Aegypti* Marcell Heerführer in Pannonien, dann in Britannien (unter Marc Aurel und Commodus), Tarruntenius Paternus, Papinian, Ulpian und Paulus gelangten zum Amte eines *Praefectus praetorio*, Modestin zu dem eines *Praefectus vigilum*. Diese Stellungen dürfen nicht aus dem Auge verloren werden, wenn es sich um Würdigung des Einflusses dieser Juristen, welchen sie durch ihre Person und ihre Schriften ausübten, handelt.

## VIII.

## Die schriftstellerischen Leistungen der classischen Juristen[2].

Zu § 321] A. Wenn unter „classischen Juristen" oft wohl sämmtliche in den Digesten benutzten Schriftsteller begriffen worden sind, so wird doch darunter im engern Sinne hauptsächlich die nach Ueberwindung des Schulengegensatzes beginnende Reihenfolge — von Julian bis Modestinus — ver standen. Bei ihnen sind, kann man sagen, die Factoren der *subtilitas* und *utilitas* ins Gleichgewicht gekommen, und es ist daraus die formelle Blüte der *elegantia* und die materielle Blüte der *aequitas* hervorgegangen. Es gab eine Zeit, und es gibt auch zu jeder Zeit Geister, welche für das der Mathematik verwandte dialektische Element im Recht eine besondre Neigung haben: diese, z. B. Leibnitz im vorigen Jahrhundert, bewunderten die *subtilitas* der röm. Juristen. Mehr Sympathie finden wir bei vielen Heutigen für die pragmatische Gewandtheit und hermeneutische Sagacität der späteren Juristen unter den Classikern, welche dem Utilitätscultus ihrer Zeit dabei Rechnung zu tragen hatten. Aber weder jenes mathematische, noch dieses pragmatische Element der röm. Jurisprudenz macht deren classisches Gepräge und ewigen Werth aus; jenes finden wir in der jüdischen Jurisprudenz, dieses bei den Postglossatoren in gleicher Höhe. Das eigentlich Bewundernswerthe ist vielmehr die eben so freie als maßvolle Intuition, welche mit sichrer Haltung und würdevoller Leichtigkeit gestaltet und darstellt, und indem sie lehrt und ordnet, zugleich schafft, indem sie formulirt, zugleich läutert und erleuchtet[3]. Das städtische Gepräge[4] war im Laufe der Jahrhunderte mehr und mehr zur Herrschaft gelangt; man darf sagen, daß dieser Gang des Rechts nun fortgesetzt wurde von der Rechtswissenschaft, welche die Urbanität dem ganzen System in vollendeter Weise aufprägte und den gesammten ursprünglich so rohen und kargen Rechtsstoff von Stufe zu Stufe zu höherer Civilisation und reicherer Entfaltung brachte. Ob auch manche Wissenschaft schöne Züge geschichtlichen Werdens aufzuweisen hat, so läßt sich doch nichts mit Rom vergleichen; wie dieses überhaupt eine unvergleichlich ausdrucksvolle Geschichte hat, so ist auch die Geschichte der röm. Jurisprudenz von Coruncanius bis Modestinus, oder von Appius Claudius Centimanus bis Hermogenianus einzig durch ihre genetische Perspective und Gliederung. Sie erinnert uns von Neuem daran, daß Rom eine historische Größe im eminenten Sinne ist.

Zwei Momente sind es, worauf die neuere Mathematik stolz ist: die demonstrative Exactheit ihrer Resultate und die Eleganz ihrer Methode.

---

1) nur Cassius und Javolenus waren Provinzialstatthalter.

2) Vergl. dazu Teuffel Geschichte der röm. Literatur (*ed.* 3. 1875) § 265. 298. 316. 328. 342. 350. 360. 369—372. 376—8. — 3) Vergl. dazu v. Bethmann-Hollweg Röm. Civilproc. II. S. 84.

4) s. Cursus § 122. Excurse S. 80.

Beides treffen wir ebenso in der classischen Jurisprudenz der Römer. Ihnen galt das Recht als ein „*finitum*“[1], und je genauer die einzelnen Fäden des Systems festgestellt und theoretisch geordnet wurden, um so sichrer war das Einzelne im Ganzen und das Ganze im Einzelnen zu verfolgen und aufzuzeigen. Diese Accuratheit und Präcision des juristischen Gedankens war es, welche zuweilen als *stricta ratio*[2], gewöhnlich und gern als *subtilitas* bezeichnet wurde: ein Ausdruck, welcher nur zuweilen im besonderen Gegensatz zur *pinguis utilitas*[3], oder *benignitas*[4], oder *humanitas*[5] den Beigeschmack des Minutiösen und des Subtilen[6] erhielt. Solche Präcision des Denkens hat aber von selbst im Gefolge die Reinheit, Glätte und Gewähltheit der Gedankenform. Alles erscheint innerlich gebunden, Licenz[7] und triviale Breite[8] werden geflohen; jeder Gedanke erhält seinen Platz und jeder Ausdruck seine Function, damit nie zu viel oder zu wenig gesagt werde. Auf diese Weise nimmt das Definiren[9] und das Distinguiren[10] die Eigenschaft der *elegantia* an, welche im Munde der röm. Juristen so häufig genannt wird, daß man erkennen muß, wie sie auf diese formale Schwester der *aequitas* in der That ein besonderes Gewicht legten. Die Kraft des Definirens wird namentlich von Labeo gerühmt; durch Definitionen „wird dem rein casuistischen Umhertappen ein Ende gemacht“[11]. Vornehmlich findet sich jener Ausdruck in Stellen des Pomponius, Julianus, Gaius und Scaevola; und unter diesen scheint es vor allen der Erstgenannte zu seyn, welchem diese Eleganz von Ulpian[12] nachgerühmt wird. Mit Julianus und Pomponius begann die Zeit der classischen Jurisprudenz im engern Sinne, und dies war auch die classische Zeit der civilistischen Eleganz. Zur Eleganz gehört aber vorzugsweise das *bene distinguere*, das Markiren von Unterscheidungen und Schattirungen, das Vermeiden der Entscheidung im Groben[13]. Ich nannte die *elegantia* die Schwester der *aequitas:* man könnte diese Verwandtschaft sogar in einem mehrfach wiederkehrenden Quellenausdruck angedeutet finden, welcher im Allgemeinen wohl als gleichbedeutend mit *eleganter* anzusehen ist, aber doch zugleich auch etymologisch auf das *bonum et aequum*[14] hinweist[15].

B. Diese classische Jurisprudenz ist eine der anziehendsten und merkwürdigsten Erscheinungen der Weltgeschichte. Ein Volk der **Energie** hat in ihr auf der Bahn der **Intelligenz** die höchste Höhe erstiegen, und sie war mitten im allgemeinen Verfall des Römerthums und der Welt das letzte (eine Zeit lang) Stand haltende Asyl des Heidenthums für männliche Römerseelen und edle heidnische Karaktere. Auf allen andern Gebieten der Speculation war das herrschende Volk nur empfangend, hier war es gebend, und

---

1) *fr.* 2. *de jur. et facti ign.* (22, 6). — 2) *fr.* 43. *de relig.* (11, 7).

3) *fr.* 7. § 2. *de pecul.* (15, 1); *fr.* 49. *de re jud.* (42, 1); *fr.* 12. 14. § 1. *de exc. rei jud.* (44, 2); § 3. *J. de legat.* (2, 20).

4) *fr.* 38. *de her. pet.* (5, 3); *fr.* 20. *de reb. cred.* (12, 1).

5) *fr.* 13. *pr. de lib. et post.* (28, 2); *fr.* 12. § 5. *de captiv.* (49, 5).

6) *juris scrupulositas: Ulp. fr.* 12. *pr. de inj. test.* (28, 3).

7) *eleganter — licentius: Cic. de orat.* (3, 43).

8) *usitatius — elegantius*: *fr.* 137. § 7. *de V. O.* (45, 1).

9) *fr.* 3. § 11. *ad exh.* (10, 4); *fr.* 12. *pr. de cond. furt.* (13, 1); *fr.* 21. § 1. *de dupl. stip.* (21, 2).

10) *fr.* 85. *de legat. III.* — 11) Pernice Labeo I. S. 25.

12) z. B. *fr.* 9. § 1. *quib. mod. caus.* (4, 2); *fr.* 7. *pr. de dolo* (4, 3); *fr.* 23. *pr. de cond. ind.* (12, 6); *fr.* 19. *mand.* (17, 1); *fr.* 14. § 1. *sol. matr.* (24, 3).

13) s. die *elegantes distinctiones* in *fr.* 85. 86. *de legat. III*; *fr.* 1. § 16. *de dot. coll.* (37, 7); *fr.* 21. § 11. *de recept.* (4, 8); *fr.* 6. § 6. *de neg. gest.* (3, 5); *fr.* 11. *pr. de reb. cred.* (12, 1).

14) *fr.* 32. *de reb. cred.* (12, 1); *fr.* 3. § 9; *fr.* 45. § 2. *de negot. gest.* (3, 5); *fr.* 6. § 2. *de jure dot.* (23, 3); *fr.* 14. *pr. de temp. praescr.* (44, 3).

15) „*belle*“ (von *bene*) oder „*bellissime*“ s. z. B. *fr.* 53. § 2. *de legat. II.*; *fr.* 1. § 13. *ut legator.* (36, 3); *fr.* 2. § 7. *de suis* (38, 16); *fr.* 7. § 3. *quod vi* (43, 24).

während alle anderen Disciplinen der Literatur auf ihrer ganzen Oberfläche die Maalzeichen des traurigen Verfalls trugen, bewahrte die Jurisprudenz sich wunderbar viel von der alten Römerkraft, volksthümlichen Frische und sittlichen Lauterkeit. Nie wieder hat die Wissenschaft einen solchen Einfluß auf das ganze sociale Leben, auf Staat und Recht gehabt. Diese Wissenschaft setzte die Rechtssätze in Rechtsbegriffe und die Rechtsbegriffe in Rechtssätze um; ohne Rigorismus und ohne Sentimentalität verfolgte sie mit ihrem eindringenden Blick und ihrer gestaltenden Hand die rechtliche Substanz des Lebens in alle Poren und Adern. Seit dem 2. Jahrhundert der Kaiserzeit macht sich der Einfluß des Christenthums in der heidnischen Gesellschaft des *Orbis Romanus* mannichfach geltend; im Recht dieser Zeit jedoch wird man noch keine Spur davon gewahr. Das System desselben wurzelte zu tief und war zu wuchtig, als daß es sich rasch hätte vor der neuen Macht beugen können. Aber die Wissenschaft dieses Rechts war so edel in der Haltung und so lauter in ihrem Eifer, daß sie etwas dem Christenthum congeniales hatte.

Wollen wir die Bedeutung dieser classischen Jurisprudenz für die damalige Welt, den letzten Akt der Antike, völlig verstehen, so müssen wir sie in Zusammenhang mit der damaligen ebenso geistreichen als fruchtbaren Rhetorik stellen. Ebenmaß und Einklang in der Bildung des Bürgers, das war das Ideal der classischen Antike, der heidnischen Civilisation. Aber zur Harmonie des veredelten Menschen und zur vollendet schönen Selbstdarstellung und „Darlebung“ gehörten noch die gedankenmäßige Bestimmtheit des Handelns und die selbstbewußte Schönheit des Redens. Auch in Handlung und Wort, Action und Diction sollte der freie Mann vollkommen seyn, und wir können uns schwer eine auch nur annähernde Vorstellung machen von den grundsätzlichen und sinnreichen Anforderungen, welche die damalige höhere Bildung an die männliche und consequente Lebensbestimmtheit, sowie an den anmuthigen Schliff und die rhythmische Gemessenheit der mündlichen und schriftlichen Rede stellte. Auf diesem Felde nun wirkten zuletzt römische und hellenische Begabung zusammen. Mit der bis ins Allerfeinste entwickelten literarischen Sprachkunst hellenistischer Grammatiker und Rhetoren verband sich die wählerische Sorgfalt und Eleganz der großen röm. Juristen, um so den reichen Kreis der Culturradien zu schließen, welche in dem Centrum des antiken Menschheitsideals zusammentrafen, und einen Weltbürger erster Classe im neuen Styl zu Stande zu bringen.

C. Der Juristenstand dieser Zeit nimmt seine Stellung über allen daneben genannten Rechtsquellen ein. Zwar sind die Rescripte der Principes in gewisser Beziehung den Responsen der Juristen nahe verwandt[1]; es gibt Rescripte und Episteln der Rechtsgelehrten, wie der Regenten; mehrmals werden die *Constitutiones et Sententiae auctorum* zusammen genannt[2], und die meisten Edicte, Rescripte und Decrete aller tüchtigen Principes sind unter dem unmittelbaren Einflusse der angesehensten Juristen zu Stande gekommen. Allein mit diesem Vergleich ist die Stellung der classischen Jurisprudenz der Römer kaum erst berührt.

Die Jurisprudenz war jetzt der eigentliche Lebensodem des Rechts. Die alten *Leges* und das prätorische Edict würden zu todten Schlacken geworden seyn, die neuen Strömungen der *Scta* und *Constitutiones* würden sich uferlos

1) man vergleiche z. B. die Anfrage des Nesennius in *fr. 22. pr. ad leg. Falc.* (35, 2).

2) z. B. in *fr. 4. § 14. de doli exc.* (44, 4); selbst in einem Rescript des Ant. Pius: *fr. 32. pr. de usur.* (22, 1).

und schädlich ausgebreitet haben, wenn nicht die immer thätige, ebenso fein- als starksinnige Jurisprudenz dort befruchtet und hier gebändigt hätte. Bald wie Thau oder Regen, bald wie heller warmer Sonnenschein ist sie überall und schwebt hoch über allem Detail, welches vom Absolutismus der Herrscher und vom Materialismus der Unterthanen im Reiche des Rechts gezeugt wird. Die Jurisprudenz dieser Zeit steht auf deren Höhe. Sie warnt und ordnet, sie beleuchtet und verbindet, und in aller helfenden Arbeit offenbart sie so viel Kraft schöpferischen Thuns und kämpft in ihrem eignen Schoße so harte Kämpfe des wissenschaftlichen Triebes durch, daß wir meinen, hier noch einmal die unerschöpfliche Energie des alten Römerthums erstehen zu sehen. In einer Zeit, in welcher alles Leben zu hohlen Formen erstarren wollte, waren die juristischen Notabilitäten wirkliche Capacitäten. Das durch pietätvolles Wahren des guten Alten geförderte gemeinsame Werk wirkte veredelnd auf den Sinn der Arbeiter, die es förderten. Die Sprache blieb edel, lange noch ein Abbild und Denkmal des im Uebrigen erlöschenden Genius.

Wir wissen nicht, ob wir mehr den ämsigen Fleiß, welcher in der That inmitten der allgemeinen Abspannung und Genußsucht der hohen Gesellschaft von damals fast wie ein Wunder erscheint, oder mehr die Frische und Tiefe der Intuition bewundern sollen. Der innere Reichthum, die lebendige Bildsamkeit des Rechts der Römer, die Durchsichtigkeit des ganzen Systems und das vollendete Ebenmaß seiner Grundlinien traten nun unter dem Weckruf der Wissenschaft erst recht hervor, und es war, als wenn das Bewußtseyn hiervon die Juristen selbst mit Eifer erfüllte und ihnen zur Sicherheit ihres Auf- und Umblicks verhalf. Schon in jener alten Definition des *Jus* als *Ars boni et aequi* lag die Idee dieser Harmonie der Theile angedeutet vor; dem feinen Gewissen eines Papinian erschien es als ein inneres Besitzthum der Persönlichkeit, welche von diesem wie von dem eignen Lebensgesetz regiert werde[1], und dem Ulpian stand es vor dem Auge als ein heiliger Tempel, in welchem die Juristen als die Priester der Gerechtigkeit dienten[2]. Wir dürfen solche Aussprüche nicht als Einfälle des Augenblicks und wie Phrasen eines heutigen Scribenten ansehen, denn für Phrasen geht man nicht in den Tod, wie es Papinian gethan hat. Die Juristen erwiesen sich als die Wächter des Rechts nach Unten, wie nach Oben; mehr als ein Mal hemmten sie die gar zu eifrige, dienstbeflissene Hand der *Procuratores Caesaris*[3].

D. Rom war Mittelpunkt und Spitze der Welt. In der Metropole liefen alle politischen und commerciellen Fäden zusammen, und von da aus erschloß sich die Umschau über alle Länder und Meere; man brauchte nur die Augen offen zu halten, um in alle Gliederungen und Falten des menschlichen Verkehrs zu blicken. Und auf dieser Hochwart des Weltverkehrs standen die Juristen Rom's an höchster Stelle, in der unmittelbaren Umgebung des Princeps und betraut mit den einflußreichsten Aemtern. Nie ist es der Theorie wieder irgendwo so leicht gemacht worden, sich mit allen Realitäten des Lebens zu erfüllen. Alles was auf den Höhen der Gesellschaft und in den Tiefen des Volkes keimt und stirbt, in Fluß kommt und starr wird, lag frei vor dem Blicke dieser Juristen; wie die ganze Welt dem Willen des Princeps zur Verfügung stand, so spiegelte sich auch die ganze Welt in der Intelligenz seines Consilium. Wer eine Welt bestimmen, halten und gestalten will, muß sich in ihrem Centrum befinden; keine Welt läßt sich von der Peripherie oder von

1) *fr.* 15. *de condit. instit.* (28, 7). — 2) *fr.* 1. § 1. *de J. et J.* (1, 1).
3) z. B. *Paul. fr.* 47. § 1. *de jure fisci* (49, 14).

der Einsamkeit aus bewegen: und wahrlich die Reichsjuristen residirten im Centrum der damaligen Welt, sämmtliche großen Rechtslehrer lebten in der Metropole. Darum waren ihre juristischen Ideen wahre Centralideen, und die Tragweite ihrer Impulse durchdringt die weitesten Zeiträume. So haben die röm. Juristen, was ihnen durch eine seltene Gunst der Umstände gegeben ward, mit Zinsen reichlich zurückerstattet: sie wurden die Lehrer ihres Volkes und der ganzen Welt. Berathend und belehrend wirkten sie mit Mund und Schrift und wurden dadurch die Choragen ihrer Generationen. Sie waren die Rathgeber des Princeps[1], wie des Plebejers; als Beisitzer in den Gerichten halfen sie den Magistraten[2], wie den Geschwornen; wer zu ihnen kam, dem ward ihr Rath gespendet[3], und zugleich gingen sie selbst in ihren vervielfältigten Schriften hinaus zu den Entfernten ins weite Reich, und sie reden noch heute zu uns und zeigen und lösen uns die Geheimnisse des Rechts. Sie haben uns das röm. Recht eigentlich erst verständlich und genießbar gemacht. Was würden wir wohl aus den XII Tafeln und dem prätorischen Edikt uns entnehmen können ohne die Verarbeitung durch Labeo, Sabinus, Julian, Papinian und Ulpian? Es wären uns Steine mit unlesbarer Inschrift. Das röm. Recht ohne die röm. Jurisprudenz wäre der Nachwelt verloren.

In ihrer Behandlungsweise entfalten sie die mannichfachsten Reize, und nicht der unwichtigste unter diesen ist, daß zu der Kraft der Selbstbeschränkung auf den einzelnen Fall sich der Blick universeller Vergleichung aller Art gesellt. Wir lesen, wie Sabinus[4], Africanus[5], Gaius[6], Marcianus[7], Papinianus[8], Modestinus[9], Claudius Saturninus[10] auf den Homer — Gaius[11] auf den Xenophon — Gaius und Ulpian[12] auf Drakon und Solon — Callistratus[13] auf Platon — Julianus[14] auf den Aristoteles — Paulus und Ulpian[15] auf den Hippokrates — Pomponius und Paulus[16] auf den Theophrastos — Marcian und Claudius Saturninus[17] auf den Demosthenes — Marcian[18] auf den Chrisippos Bezug nehmen. Wir erfahren, daß Labeo und Gaius die zu ihrer Zeit schon 5 und 6 Jahrhunderte alten XII Tafeln hervorholten, um sie durch ihre Commentare zu verjüngen, und daß Modestin (Pomponius?) ein Werk des Mucius Scaevola, welches vor 300 Jahren geschrieben war, gleichsam von Neuem zu Tage förderte. Wir bemerken, wie Ulpian provinzielle Volkssitten Arabiens und Aegyptens[19] und die Sprachweise Galliens[20], oder Gaius, Julian, Paulus Vorkommnisse im Peloponnes und in Aegypten[21], oder Javolen und Ulpian Naturerscheinungen Galliens und Asiens[22] ins Auge faßten, und wie sie in ihrer Casuistik alle drei Welttheile, bald Rom und Ephesus, bald Capua und Karthago figuriren ließen[23]. Wenn

1) Vergl. z. B. zu *Paul. fr.* 23. *de legat. III.* die *c.* 3. *de test.* (6, 23).
2) *Jul. fr.* 5. *de manumiss.* (40, 2): *quibusdam Praetoribus consulentibus me suasi.*
3) Vergl. die Consultation einer Frau bei Celsus in *fr.* 18. *de jure codic.* (29, 7).
4) *fr.* 1. *de contr. emt.* (18, 1). — 5) *fr.* 13. § 1. *ad leg. Jul. de adult.* (48, 5).
6) *fr.* 236. *de V. S.* — 7) *fr.* 65. § 4. *de legat. III*; *fr* 1. *de m. c. don.* (39, 6).
8) *fr.* 9. § 1. *de supell. leg.* (33, 10). — 9) *fr.* 4. § 6. *de gradib.* (38, 10).
10) *fr.* 16. § 8. *de poen.* (48, 19). — 11) *fr.* 233. *de V. S.*
12) *fr.* 13. *fin. reg.* (10, 1); *fr.* 4. *de colleg.* (47, 22); *fr.* 23. *pr. ad leg. Jul. de adult.* (48, 5).
13) *fr.* 2. *de nundinis* (50, 11). — 14) *fr.* 36. *de solut.* (46, 3).
15) *fr.* 12. *de statu hom.* (1, 5); *fr.* 3. § 12. *de suis* (38, 16).
16) *fr.* 3. 6. *de legib.* (1, 3); *fr.* 3. *si pars hered.* (5, 4).
17) *fr.* 2. *de legib.* (1, 3); *fr.* 16. § 6. *de poen.* (48, 19). — 18) *fr.* 2. *de legib.* (1, 3).
19) *fr.* 9. 10. *de extrao. crim.* (47, 11); *fr.* 55. § 5. *de legat. III*; *fr.* 1. § 13. *de aqua quot.* (43, 20).
20) *f.* 9. § 2. *de jure dot.* (23, 3).
21) *fr.* 7. *pr. de reb. dub.* (34, 5); *fr.* 36. *de solut.* (46, 3); *fr.* 3. *si pars hered.* (5, 4); dazu *fr.* 15. 16. *de statu hom.* (1, 5).
22) *fr.* 13. *de fundo dot.* (23, 5); *fr.* 7. § 13. *sol. matr.* (24, 3).
23) *fr.* 2. § 8; *fr.* 8. *de eo quod certo loco* (13, 4); *fr.* 5. *pr. de pec. const.* (13, 5); *fr.* 11. *pr. de legat. III*; *fr.* 137. § 2. 4. *de V. O.* (45, 1); *fr.* 98. § 6. *de solut.* (46, 3).

wir das Alles erwägen, so empfinden wir den Eindruck, daß wir in einen Horizont eintreten, welcher alle Größen und Weiten des menschlichen Geistes begreift und nichts, was im Erdenleben wichtig scheint, ausschließt.

E. Ueberblicken wir nun diese weite Fläche, so muß uns Bewunderung ob der reichen Fülle zusammentreffender literarischer Erscheinungen erfassen; diese Fülle war nicht eine Ausgeburt krankhafter Geschwätzigkeit und Vielschreiberei, sondern das großartige Ergebniß schöpferischer Regsamkeit. Es ist nichts Gewöhnliches, daß die juristische Literatur dieser Periode so reich ist; mitten in der socialen Entkräftung und sittlichen Verwilderung einer Zeit, in welcher die Masse der Vornehmen wie der Geringen sich an den Genuß des Augenblicks hingab, erscheinen jener literarische Fleiß und die pietätvolle Ausdauer der Juristen fast wie Wunder.

Aber so gern der Blick länger auf dieser Oase weilte, rasch verschwindet sie, ja überraschend schnell, gleich der Oase im Flugsand der Wüste. Wie die Sprache der kaiserlichen Constitutionen sofort in der nachclassischen Zeit an Einfachheit, Prägnanz und Correctheit beträchtlich einbüßt, so fällt auch die Wissenschaft des Rechts von ihrer Höhe. Es kommt die Zeit des allgemeinen Verfalls. Aber wie ist es zu erklären, daß der Fall so ein Fall zum Tode ist? Die Erscheinung ist fast ohne Gleichen, daß eine so hoch erhobene Wissenschaft so plötzlich in Nichts zusammensinkt und alle folgenden Juristen der Vergessenheit verfallen sind, gleich als wenn dieser Wissenschaft das Epigonenthum erspart werden sollte. War der Stoff mit seinen zahllosen Fragen wirklich so erschöpft? oder waren die Talente der alten Welt zu Ende? So müßten wir fragen, wenn wir nicht wüßten, daß inmittels still, aber siegreich ein frischer aus anderem Anfang quellender Geistesstrom hereingetreten wäre in die alternde sterbende Welt, und eine junge Welt voll neuer Ideen ihre Höhen und Tiefen aufgethan hätte. Was Wunder, daß da der Aufwurf aus dem neugegrabenen Strombett das alte Bett verschloß, und alle erhabnen und tiefen Seelen, welche noch erwuchsen, jetzt dorthin blickten und wirkten. Wenn es wahr ist, was von Manchen angenommen wird, daß **Tertullian** der Jurist und der Kirchenvater Eine Person sei[1], so sähen wir in ihm, dem Classiker und Patristen, wie das Heidenthum seine Talente ans Christenthum verlor.

F. „Den Juristen, gleichsam den Erben des Prätors, wurde zwar nicht die Gesetzgebung, wohl aber die Rechtsauslegung, die Monothesie (*auctoritas conscribendarum interpretandarumque legum*) von dem Principat förmlich übertragen und soweit mit ihnen, als den Repräsentanten der Nation, die Legislatur gleichsam getheilt. Durch diese Einrichtung erhielt das Juristenrecht, welches sich früher auf die Grenzen der röm. Gemeinde beschränkt hatte, die höhere Bedeutung eines allgemeinen Reichsrechts, aus ihren Responsen erwuchs ein drittes, auch das *Jus Extraordinarium* vertretendes Rechtselement, **in ihre Rechtsbücher löste sich die gesammte antike Rechtsbildung** (*antiqua prudentia*) **auf**, bis endlich auch diese Delegation der immediaten und einheitlichen Staatsgesetzgebung der christlichen Kaiser weichen mußte“[2]. Das **Placet** der Juristen schuf neue Rechtssätze in großer Anzahl, ihre Werkstätte war jetzt, was ehedem das Tribunal des Prätor gewesen. Das *certo jure utimur*[3] zeigt, daß sie ihres Einflusses sicher waren.

---

1) s. **Cursus** § 322. — 2) **Rudoff** R. Rechtsgesch. I. § 62.
3) *Ulp. fr.* 1. *de penu leg.* (33, 9); *Paul. fr.* 10. § 1. *si quis cautionib.* (2, 11).

Es lassen sich folgende Kategorien dieses juristischen Schriftthums unterscheiden[1]: 1) Exegetische Werke. Dahin gehören die zahlreichen Commentare a) über die XII Tafeln (z. B. von Labeo und Gaius), b) über wichtige Einzelgesetze (z. B. *lex Cincia, Falcidia, Papia Poppaea, Aelia Sentia*), c) über einzelne *Scta* (z. B. *ad Sctum Tertullianum*), d) über einzelne Constitutionen (z. B. *ad Orationem D. Severi etc.*), e) *ad Edictum Praetoris urbani, provinciarum* und *Aedilium*, f) über einzelne Hauptwerke berühmter Vorgänger (z. B. *libri ad Q. Mucium, ad Sabinum*).

2) Praktisch-casuistische Werke, bestehend in Zusammenstellung von Rechtsfällen, welche theils in Fragen (*Quaestiones*), theils in Formen der Discussion gekleidet (*Disputationes*)[2], und entweder dem Leben entnommen oder fingirt waren. Solche entstammten großentheils den von angesehenen Juristen geleiteten Seminarien. Hervorzuheben sind die *Quaestiones* des Celsus, Africanus, Tertullianus und Papinianus, die *Disputationes* des Tryphoninus. Hierzu kommen *Casus, Responsa, Epistolae*[3], z. B. *Responsa* des Scaevola, Papinianus und Paulus, *Epistolae* des Proculus, Celsus, Neratius, Africanus, Pomponius, Javolenus.

3) Dogmatische Werke, und zwar a) systematische Lehrbücher, z. B. *Institutiones* (Gaius, Marcianus, Florentinus, Callistratus, Ulpianus, Paulus), *Pandectae* (Ulpianus, Modestinus), *Regulae* (Neratius, Marcianus, Scaevola, Ulpianus, Paulus, Modestinus), *Sententiae* (Paulus), *Opiniones* (Ulpianus), *Definitiones* (Papinianus), *Libri juris civilis* (Q. Muc. Scaevola, Sabinus, Labeo, Cassius Longinus). b) Monographien, z. B. *de fideicommissis* (z. B. von Aburius Valens), *de formula hypothecaria* (z. B. von Marcianus und Gaius), *de stipulationibus* (z. B. von Pomponius und Venulejus), *de manumissionibus* (z. B. von Gaius), *de publicis judiciis* (z. B. von Maecianus), *de re militari* (Menander), *de jure fisci* (Paulus etc.). c) Zweifelhafter Rubricirung sind die *Memorialia* (Sabinus), *Probabilia* (Labeo), *Membrana* (Neratius), *Manualia* (Paulus), *Differentiae* (Modestinus), *Lectiones* (Pomponius, Paulus)[4]. d) Eine besondere, wohl auch hieher zu stellende Gruppe bilden die Auszüge von älteren Werken, z. B. die von Javolenus besorgten (*libri ex Plautio, ex Posterioribus Labeonis, ex Cassio*), die *Libri ex Minicio Natali* von Julianus, *ex Q. Mucio* von Gaius, *ex Plautio* von Neratius und Paulus, die *Epitome* des Hermogenianus.

Besondere Beachtung verdienen:

1) Die *Notae*, z. B. *Marcelli Notae apud Julianum*[5]; das sind nicht selbständige Werke, wie die Commentare (*libri ad* —), sondern neue mit Bemerkungen versehene Ausgaben des Werkes. Wir erfahren durch Justinian[6], daß in der classischen Literatur die Wiederholung von Ausgaben bedeutender Werke eine gewöhnliche Erscheinung war, und daß solche Wiederholungen

1) Verschiedene Classification bei Rudorff *l. c.* § 63. Mommsen Zeitschr. f. Rechtsgesch. IX. (1869) S. 82—96. Bremer die Rechtsschulen (1868) S. 19—27. 41. 51. 55. H. Pernice Miscellanea z. Rechtsgesch. und Textescritik (1870) S. 22—29. 40—53. Danz I. § 68.

2) Vergl. Bremer *l. c.* S. 21. 23. *Eleganter apud me quaesitum est* (d. h. *in meo auditorio*), sagt *Ulp. fr.* 24. *de pignor. act.* (13, 7).

3) Bremer *l. c.* S. 41. *Responsa* sind kurz, *Epistolae* ausführlich. Anders H. Pernice S. 24.

4) Bremer *l. c.* S. 51.

5) Ausdrücke: *Scaevola apud Marcellum notat* (*fr.* 11. § 5. *de don. int. V. et U.* 24, 1), *Aristo apud Cassium notat* (*fr.* 17. *pr. de usufr.* 7, 1), *apud Marcellum notavi* (*fr.* 11. § 7. *de inj.* 47, 10), *Marcellus apud Julianum adjicit* (*fr.* 53. § 2. *de legat. I.*), *libro* 30. *Dig. Juliani Marcellus notat* (*fr.* 39. *de her. inst.* 28, 5). Dazu *fr.* 42. *pr. de acq. her.* (29, 2). *Marcellus et alias tractat et apud Julianum notat* (*fr.* 2. § 7. *de eo quod* 13, 4).

6) *Const. Cordi nobis* § 3.

*repetitae praelectiones* genannt wurden. Ebenda erfahren wir auch, daß von Ulpian eine zweite Ausgabe seines Sabinuscommentars veranstaltet wurde[1]: es kam also vor, daß die neue Ausgabe auch vom Autor selbst ausging. Sonst war es gewöhnlich, daß die neuen Herausgeber Schüler oder Anhänger des Autors waren, und wir dürfen wohl aus dem Titel *praelectiones* auf die Art ihrer Entstehung schließen: die Herausgabe ward durch Vorträge veranlaßt, wie später die Glossen der Glossatoren. So edirte Tryphoninus die Digesten Scaevola's, Ulpian die des Julian und des Marcell und zwar unter Mitaufnahme der *Notae* des Scaevola[2]; Paulus edirte die schon von Marcell und Scaevola edirten Digesten Julians gleichfalls zum dritten, oder (wenn nach Ulpian) zum vierten Mal[3]. Diese Digestenglosse ist eine karakteristische Erscheinung in der letzten Zeit der classischen Jurisprudenz.

2) Die *Digesta.* Die Bedeutung der unter dem Titel *Digesta* veröffentlichten Werke des Celsus, Julianus, Marcellus und Scaevola ist bestritten[4]. Mommsen[5] hält sie für compilatorische Gesammtausgaben der Werke eines Autors, die entweder von ihm selbst oder von einem Schüler besorgt wurden, weil von den Digestenautoren wenig andere Schriften genannt werden und in Justinians Digesten eine Reihe von Stellen des Scaevola doppelt (aus seinen Digesten und aus anderen Werken) vorkommt. Die benutzten Argumente sind nicht durchschlagend, mit Recht hat sich H. Pernice[6] dagegen erklärt. *Digerere* bedeutet nicht Compilation, sondern abschließende Gestaltung einer bis dahin nicht geordneten Masse[7]. Wichtig ist nun vor Allem, daß die vier großen Digestenwerke die literarischen Haupterscheinungen in der unmittelbar auf die hadrianische Ediktsordination folgenden Rechtsliteratur waren. Was liegt näher, als sie damit in Verbindung zu bringen? Des Pomponius Commentare erschienen wohl zum Theil noch vor dem Abschluß der Ediktsordination[8], sie kommen also hier nicht in Betracht. Wenn nur behufs Arbeitstheilung Julian's Digesten in der Sabinusmasse, die des Celsus und Marcell aber in der Ediktsmasse Platz fanden, so liegt die Vermuthung nahe, daß diese Digesten überhaupt die Sabinus- und Ediktsmasse befaßten. Scaevola mag den Reichthum seiner Responsen in seinen Digesten verarbeitet haben: das Karakteristische war aber wohl auch hier die Zusammenfassung aller Materien des bisher ausgebildeten und nun mit der Ediktsordination abgeschlossenen Rechts. — Die Juristen sahen hier eine fertige Entwickelung vor sich, während in den zahlreichen Senatsconsulten, Mandaten und Constitutionen eine noch unfertige und planlose Masse im Entstehen war. Dieser gegenüber faßten die 4 Digestenjuristen das fertige Recht in der Ordnung zusammen, wie sie durch das Edikt gegeben war, aber wissenschaftlich gestaltet. Der Eindruck, welchen die officielle Ediktsordination des auch sonst eine neue legislative Stufe bezeichnenden Kaisers machte, rechtfertigt die wissenschaftliche That des Celsus, welcher Julian secundirte, und Marcell und Scaevola, jeder in seiner Weise, folgten. Es galt eine wissenschaftliche Zusammenfassung des ganzen *jus civile* und *jus honorarium* auf der Basis des ordinirten Edikts, als Handbuch für die Praxis[9]. Auch die spätere Zeit hatte noch dieses

1) Bremer S. 57. — 2) Bremer S. 54.
3) Bremer S. 59. Dazu H. Pernice S. 88 ff.
4) Auch von Digesten des Namusa, Sabinus (*ad Vitellium*), Fabius Mela und Aristo wird gesprochen, indess ist Karakter und bez. Existenz derselben problematisch.
5) Zeitschr. f. Rechtsgesch. VII. (1868) S. 480 ff. — 6) Miscellanea S. 64. 72. 81.
7) Wir denken hier zuerst an die *nomina in codicem accepti et expensi digesta — in ordinem relata* bei *Cic. pr. Rosc. Com. c.* 1—5. Dazu *Cic. de orat.* 1, 41 und in *Verr. I*, 1. *c.* 23.
8) Rudorff I. § 67. S. 172. — 9) Vergl. oben S. 316.

Bedürfniß, aber sie befriedigte es nicht durch neue Digestenwerke, sondern durch wiederholte glossirte Ausgaben der bewährten Digesten[1]. Außerdem schrieb man wieder getrennte Sabinus- und Ediktscommentare, um den anwachsenden Stoff zu vertheilen, und der Masse des *jus extraordinarium* ihre Stelle als dritte Schicht des Rechts zu wahren.

3) Die *Commentarii* und *Institutiones*. Labeo schrieb *Commentarii ad legem XII tabularum* und *de jure pontificio;* von Sabinus werden *Commentarii de indigenis* genannt; Celsus edirte *Commentarii* in wenigstens 7 Büchern[2]; auch von Cassius Longinus werden *Commentarii* citirt[3]. An die Stelle der *Commentarii* scheinen dann die *Institutiones* zu treten: von Callistratus (*3 libri*), Marcianus (*16 l.*), Florentinus (*12 l.*), Ulpianus (*2 l.*) und Paulus (*2 l.*) werden solche genannt. Diese *Institutiones* sind eine Parallelerscheinung zu den *Digesta,* Digestenglossen und *Pandectae.* Celsus, welcher Commentarien und Digesten neben einander herausgab, bietet den ältesten Vorgang für den Dualismus eines Lehrbuchs und eines Handbuchs. Außerdem sind des Gaius *Commentarii* und *Res quotidianae* zu nennen; besonders ist dabei zu bemerken, daß Gaius gewissermaßen zwischen der älteren Commentarienära und der jüngeren Institutionenära steht[4]. Sein 1816 wiederaufgefundenes Werk ward im Ganzen *Institutiones* genannt; er selbst bezeichnet es als *Commentarii,* d. h. er unterscheidet nicht 4 *libri,* sondern 4 *Commentarii*[5], was nicht gleichgültig seyn kann.

Dernburg hat ausgeführt, daß unter *Commentarii* im röm. Sinne „eine leichtere Gattung der Literatur", nämlich schriftliche Dispositionen und Aufzeichnungen für Lehrvorträge zu verstehen seien. Ich möchte nach den von Dernburg selbst angeführten Zeugnissen[6] weniger an eine rohere Form, als an den Lehrzweck denken. *Commentarii* waren Grundrisse für den theoretischen Unterricht, seien sie nun zum Lesen bestimmt[7], oder zunächst als Unterlage für den Lehrvortrag gedacht[8]. Auch die *Commentarii* der Reden des Juristen Servius Sulpicius[9] mögen zur theoretischen (vorbildlich-instructiven) Einführung junger Redner bestimmt gewesen seyn.

*Commentarius* hängt mit *comminisci* (*memini — mens*) zusammen und weist folglich auf Lehren, Lernen, Erinnern und Nachdenken hin[10]. *Commentarius* ist Anweisung zum Nachdenken, namentlich als erste Einweisung in den Lehrstoff und als Anhalt für das Gedächtniß; er konnte beim mündlichen Vortrag als Unterlage und beim Studiren als Anleitung für das *institui* (erste Einführung) benutzt werden. Ob nun Gaius seine vier *commentarii* von vorn herein als Ein Werk geplant hat, was ich nicht glaube, oder als vier Vorträge für Institutionisten ausgearbeitet und später erst (vielleicht während eines Aufenthalts in Rom[11]) für die Herausgabe bestimmt und vereinigt hat[12], lasse

1) s. oben das über die *Notae* Gesagte.

2) *Celsus libro* 19. *Digestorum, Commentariorum* 7. *scribit*: *Ulp. fr.* 19. § 6. *de auro leg.* (34, 2).

3) *fr.* 54. *de condit.* (35, 1).

4) Ich kann Dernburg die Institutionen des Gaius (1869) S. 65 nicht beistimmen, wenn er sagt, Gaius habe durch sein Institutionenwerk ein neues Genre der juristischen Literatur begründet.

5) *superiore commentario tradidimus* (2, 23); *primo comm. rettulimus* (3, 17). Dazu *Gai.* 3, 33. 181.

6) Dernburg S. 55—66.

7) so der *liber commentarius* εἰςαγωγικός des Varro (für Pompejus): s. *Gell.* 14, 7. Aehnlich die *institutiones oratoriae* des Quinctilian (s. Dernburg S. 61).

8) *Suet. de illustr. grammaticis c.* 4. 5. (s. Dernburg S. 57. 58).

9) s. *Quinct. Inst. or.* 7, 30 (Dernburg S. 57).

10) *Commentarii* ist alter Literaturausdruck: *Commentarii regum, pontificum etc.* s. oben (Excurse) S. 98. Dann in der Kaiserzeit: *commentarii Principum, Agrippae, Tiberii*: s. Mommsen R. Staatsr. II. S. 868—870.

11) worauf allerdings *Gai.* 4, 109 hindeutet. Vergl. dazu Dernburg S. 67. 93.

12) *Gai.* 3, 33. 181.

ich hier dahingestellt; ich stimme mit Dernburg in Betreff des wesentlich theoretischen, lehrhaften Gepräges des Gaianischen Institutionenwerks überein[1]. Ich möchte hier nur noch hervorheben, daß seit Callistratus an die Stelle der *Commentarii* die *Institutiones* treten[2], daß der neue Titel nahe genug lag, da von Alters her mit *instituere* die erste theoretische Einführung in die Wissenschaft bezeichnet wurde, und daß in dem Justinianischen Dualismus der Institutionen und Digesten der alte academisch vererbte Doppel-Begriff von elementarem Lehrbuch und praktischem Handbuch, nicht eine Neuerung Justinian's, enthalten ist.

Ich habe oben schon auf eine gewisse Aehnlichkeit zwischen Labeo und Gaius hingewiesen, ihre theoretische Neigung. Es ist nicht zufällig, daß der Titel *Commentarius* bei Beiden hervortretend ist. Labeo hielt Vorträge über die XII Tafeln und über das *jus pontificium:* so traktirte der eifrige Lehrer die alte Zeit, das System der nationalrömischen Traditionen und Anschauungen. Wenn Gaius seine Schrift über die XII Tafeln mit den Worten beginnt: *non velim verbosos commentarios facere*[3], so bedeutet das wohl nicht[4], daß er sein eignes Werk einen *commentarius* nennt, sondern er stellt sein Werk eben in Gegensatz zu den älteren Vorträgen, vielleicht gerade zu denen des Labeo, welche mit Ernst, Andacht und Ausführlichkeit die alte Zeit behandelt haben mögen. Aber er bezeichnet andere seiner Schriften als *Commentarii:* über die *bonorum possessio,* und über die *bona liberti*[5].

Demgemäß haben wir in den unter den Titeln *Commentarii* und *Institutiones* auftretenden Schriften einen besonderen Zweig der juristischen Literatur zu erkennen: es sind recht eigentlich theoretische Werke, Lehrcurse, im Gegensatz der für den praktischen Handgebrauch bestimmten *Digesta, Pandectae, Libri ad Sabinum* und *ad Edictum, Quaestiones* und *Responsa, Opiniones* und *Disputationes.* Die *Regulae* und *Sententiae* mögen Mittelglieder zwischen der theoretischen und praktischen Literatur, d. h. Compendien für Praktiker, gewesen seyn: so die *Regulae* des Ulpian und die *Sententiae* des Paulus.

## IX.

## Ueberlieferte Rechtsquellen aus der 4. Periode.

1) *Monumentum Ancyranum*[6]. Unter diesem Ausdruck versteht man eine in Form und Inhalt ganz außerordentliche, seit der Mitte des 16. Jahrh. bekannt gewordene[7] Quelle unserer Alterthumskunde, eine Quelle ersten Ranges. Außerordentlich ist sie in der Form, weil sie erhalten ist als asiatische Tempelinschrift in lateinischem und griechischem Text, im Inhalt, weil sie eine Art Memoiren des ersten Kaisers, des Gründers der neuen Reichsordnung, ist, von ihm in Gemäßheit seiner Amtspflicht als *Pontifex Maximus* entworfen. *Index rerum a se gestarum* ist es genannt; es war eine Beigabe zu August's Testament, welches dieser als ein Staatsdocument

1) Vergl. folg. Lieblingswendungen: *in summa sciendum est* (2, 96; 2, 248; 3, 162. 208); *et prius est ut dispiciamus* (2, 100; 4, 16. 115. 138); *igitur si quaeramus — inprimis animadvertere debemus* (2, 114); *observandum praeterea est* (2, 118); *videbimus; loquimur autem de his scilicet feminis* (2, 121); *cum illic admonuerimus* (3, 117); *nunc videamus* (3, 39); *admonendi sumus* (1, 206; 3, 163; 4, 110. 136. 169); *quia tamen superius mentionem habuimus de . . . opus est, ut* (4, 69).

2) Die gräcisirende Literatur zieht den Titel „*Institutiones*" dem „*Commentarii*" vor. Die Wahl des Titels mag dadurch bedingt gewesen seyn, dass nach des Celsus *Commentarii* Lehrbücher vorkamen, welche das ganze System umfassten.

3) *fr.* 1. *de Or. Jur.* (1, 2). — 4) wie Dernburg S. 60 annimmt.

5) *Gai.* 3, 33. 54. — 6) S. oben (Excurse) S. 290. 294.

7) durch Busbequius, den Gesandten Kaiser Ferdinands, a. 1554.

hinterließ. Zwei andere Beigaben: die Ordnung seiner Bestattung und das *Breviarium Imperii* (eine Statistik der Wehr- und Steuerkraft des ganzen Reichs), sind leider verloren. Diese Documente sollten nach August's testamentarischer Anordnung auf Erztafeln geschrieben vor seinem Mausoleum aufbewahrt werden[1]. Das Original ist untergegangen, dagegen hat sich eine Copie jenes *Index*, welcher in verschiedenen Städten Asiens in lateinischer und griechischer Sprache öffentlich angebracht wurde, zu Angora in Galatia erhalten[2], und ist durch den Eifer der französischen Regierung unter Napoleon's III. Herrschaft[3] in größerer Vollständigkeit bekannt worden, als bisher[4].

In einfachem monumentalen Styl, ohne den Schwulst und die Selbstüberhebung orientaler Herrschersitte, hat Augustus die Thaten und Ereignisse seiner langen Regierung aufgezählt. Das Ganze zerfällt in kurze Capitel, 35 an Zahl. Er beginnt mit dem Jahre 44 a. Chr., nennt den Bürgerkrieg, die Triumphe, seine 13 Consulate, die Uebernahme der *tribunicia potestas;* nach einer Lücke[5], über deren Ausfüllung Conjecturen gemacht sind[6], wird des *triumviratus reipublicae constituendae* gedacht und dann das Weitere dargelegt. Der Anfang lautet: *Rerum gestarum Divi Augusti, quibus orbem terra[rum] imperio populi Rom[ani] subjecit, et inpensarum, quas in rempublicam populumque Romanum fecit, incisarum in duabus aheneis pilis, quae sunt Romae positae, exemplar subjectum*[7]. — *Annos undeviginti natus exercitum privato consilio et privata impensa comparavi, per quem rempublicam dominatione factionis oppressam in libertatem vindicavi. [Pro quo merito sen]atus decretis honorificis in ordinem suum [me adlegit C. Pansa et A. Hirtio consulibus], consularem locum [mihi tribuens. Neque ita multo post im]perium mihi dedit [et] respublica n[e quid detrimenti caperet, me] pro praetore simul cum consulibus pr[ovidere jussit. Populus] autem eodem anno me consulem, cum [uterque cos. bello ceci]disset, et triumvirum rei publicae constituend[ae in quinquennium designavit.].* Im 4. und 5. Capitel heißt es weiter: *Consul [fuer]am ter deciens, [quum scripsi] haec, [et eram tricensimum septimum tribu]niciae potestatis. — [Dictatura]m et absent[i et praesenti mihi datam jussu populi et senatus M. Marcello et C. Arruntio consulibus non accepi. Non recusavi in summa frumenti penuria curam annonae, quam sedulo administravi, ita ut paucis diebus metu et periculo praesenti populum universum meis impensis liberaverim, consulatumque mihi tum annuum et perpetuum datum non accepi]*[8]. Im 10. Capitel ferner: *[Nomen meum senatus consulto incl]usum est in saliare carmen, et sacrosan[ctus ut essem in perpetuum, et ut quoad] viverem, tribunicia potestas mihi [esset, lege sanctum est. Pontif]ex maximus ne fierem in vivi conlegae locum, populo id sacer]dotium deferente mihi, quod pater meus [habuerat, recusavi. Hoc] sacerdotium aliquod post an-*

1) *Suet. Oct.* 101. und *Tib.* 23. *Dio* 56, 33. *Tac. Ann.* 1, 11.

2) Eine Anzahl von Bruchstücken eines griechischen Textes ist auch zu *Apollonia* in Pisidien gefunden worden. S. Mommsen *Res gestae D. Augusti, p. XXIV.*

3) Perrot und Guillaume im *Bull. dell' Instituto* 1861. *p.* 195 und *Comptes rendus de l'Académie* 1862. *p.* 77.

4) *Caesaris Augusti Index rerum a se gestarum s. monum. Ancyr. restituit Franzius, comm. perpetuo instr. Zumptius* (1845). *Res gestae D. Augusti ex monum. Anc. et Apollon. ed. Mommsen* (1865). *Augusti rerum a se gestarum Indicem cum graeca metaphrasi ed. Bergk* (1873).

5) am Ende der 1. Tafel.

6) Zumpt *de monumento Ancyrano supplendo commentatio* (Berlin 1869).

7) Diese Ueberschrift rührt nicht von August selbst, sondern von dem Aufsteller (Tiberius?) her. S. Mommsen S. 4. — 8) s. Bergk *p. IV.*

*nos eo mor[tuo cepi, qui id in rerum confusione] occupaverat, cuncta ex Italia [ad comitia mea tanta multitud]ine, quanta Romae nun[quam antea fuisse traditur, conveniente P.] Sulpicio et C. Valgio consulibus.* Im 13. Capitel: *Janum Quirinum, quem clausum esse [majores nostri voluerunt, cum] per totum imperium populi Romani [terra marique esset non dubia parte] pax, cum priusquam nascerer, [a condita urbe] bis omnino clausum fuisse prodatur memoriae, ter me principe claudendum esse censuit.* Im 34. Capitel: *In consulatu sexto et septimo, [postquam bella civilia] exstinxeram, per consensum universorum [potitus rerum omn]ium, rempublicam ex mea potestate in senat[us populique Romani] arbitrium transtuli. Quo pro merito senat[us consulto Augustus appellatus sum, et laureis postes aedium mearum vestiti sunt, coronaque civica super januam meam fixa est, [clupeusque aureus] in curia Julia positus, quem mihi senatum populumque Romanum dare virtutis clementiae justitiae [pietatis ergo testatum] est per ejus clupei inscriptionem. Post id tempus] praestiti omnibus dignitate, potestatis autem nihilo [amplius habui, quam qui fuerunt] mihi quoque in magistratu conlegae.* Der Schluß (Cap. 35): *Tertium decimum consulatum [cum gerebam, senatus et eque]ster ordo populusque Romanus universus [appellavit me patrem] patriae, idque in vestibulo aedium mearum inscriben[dum esse et in curia] et in foro Aug. sub quadrigis, quae mihi ex S. C. pos[itae sunt, censuit. Cum scripsi] haec, annum agebam septuagens [imum sextum].*

Für die Erfassung der staatsrechtlichen Ideen des Augustus ist dieser *Index* von großer Bedeutung. Zwar erkennen wir darin nicht deutlich das Augustische Kardinalstück: die Abzweigung der *imperatoria potestas* (*et majestas*) aus der consularen Republik; nur stückweise und indirekt ist der Reservatrechte (*aerarium militare*, Soldateneide, Colonien, Provinzen, Nachbarstaaten) gedacht[1]. Aber interessant ist es, das Augustische System sich durch die einzelnen aufgeführten *res gestae* hindurch entwickeln und wachsen zu sehen, und bewundernswerth ist vor Allem die Selbstbeschränkung des mit Ehren und Offerten Ueberschütteten, wie er theils das Zuviel ablehnt, theils das Acceptirte unter seine Gesichtspunkte stellt und mit seiner Terminologie belegt. Hervorragend ist sein Gesichtspunkt, Befreier und Wiederhersteller des Staats zu seyn: er befreit die Republik von der Herrschaft des Parteiwesens — von der erdrückenden Bangigkeit der Hungersnoth — von der außerordentlichen Gewalt, die ihm selbst übertragen gewesen. Daß er der Retter des Staats aus einem Nothstand und der Erneuerer der antiken Ordnung innerhalb zeitgemäßer Schranken sei: diesen Ruhm vindicirt sich der greise Imperator, und wenn wir die ruhmrednerische Art der Römer sonst, sowie die prunkende Ueberschwänglichkeit griechisch-orientaler Rhetorik vergleichen, so müssen wir sagen: er thut es mit großartiger Mäßigung. Dem Geschlecht seiner Zeit war der Zusammenhang mit der vorpompejanischen Zeit fast verloren gegangen; wir erkennen das z. B. aus dem Wunderglauben an Augusts Allmacht in der Hungersnoth; August aber nahm den Faden der alten Republik wieder auf[2] und befestigte für Erinnerung und Bewußtseyn Aller die geschichtliche Continuität.

1) Ob vielleicht in dem verloren gegangenen *Breviarium imperii* ein Bild der castrensischen Hemisphäre (des *Imperator*) entworfen war?

2) Mehrmals findet sich das *Imperium populi Romani* in den Vordergrund gestellt (*c.* 13. 30) und die *auctoritas Senatus* citirt (*c.* 10. 12. 20); selbst Aegyptens Einverleibung wird m. d. W. genannt: *Aegyptum imperio populi Romani adjeci* (*c.* 27).

Die im lateinischen Text vorhandenen Lücken sind größtentheils aus dem beibefindlichen griechischen Text ergänzt worden. Drei Hauptpartien lassen sich unterscheiden[1]: 1) die auf Augustus übertragenen Magistrats- und anderen Ehren (Cap. 1—14); 2) die auf die öffentlichen Angelegenheiten verwandten Kosten (Cap. 15—24); 3) die vollbrachten Thaten im Krieg und Frieden (Cap. 25—35). Es folgt ein kurzer Anhang anderen Ursprungs[2]. Das Denkmal findet sich in dem noch erhaltenen, aus weißem Marmor erbauten, jetzt als Moschee dienenden *Templum Romae et Augusti* von *Ancyra* (heutzutage *Angora*), angebracht an 6 Wandpfeilern im Vestibulum, 3 zur Linken und 3 zur Rechten des Eintretenden[3]; diese 6 Theile werden auch als *tabulae* oder *pilae* citirt.

2) Zwei *Senatusconsulta Silaniana de ludis saecularibus*, auf zwei Marmortafeln befindlich, vielleicht Theilen Einer Tafel, von welcher ein Stück später abhanden gekommen ist. Zuerst von Ursinus[4] veröffentlicht, dann oft wieder abgedruckt[5]. Die betreffenden Säcularspiele[6] ließen i. J. 17 a. Chr. Augustus und Agrippa veranstalten.

3) *Edictum Augusti de aquaeductu Venafrano*, gefunden von Mommsen in der Samnitenstadt *Venafrum* auf einem Marmorstein. August hatte dorthin eine Colonie entsendet und eine Wasserleitung errichtet; das Edikt ordnet das Recht derselben[7].

4) *Edictum Claudii de civitate Anaunorum*, auf einer i. J. 1869 bei Trient ausgegrabenen Erztafel. Es bestätigt dreien Nachbargemeinden von *Tridentum* ihre angezweifelte Civität und ist aus d. J. 46 — *cum longa usurpatione in possessionem ejus fuisse dicatur et ita permixtum cum Tridentinis, ut diduci ab is sine gravi splendidi municipi injuria non possit, patior eos in eo jure, in quo esse se existimaverunt, permanere beneficio meo.*

5) *Senatusconsultum Hosideanum et Volusianum de aedificiis negotiationis causa non diruendis*[8], auf einer Erztafel, welche um das J. 1600 in den Ruinen von *Herculanum* gefunden, nach Neapel gebracht, jetzt verschollen ist. Das erstere *Sct.* ist unter Claudius (48 p. Chr.), das andere unter Nero (56 p. Chr.) erlassen[9]. Eine zu Paris aufbewahrte Abschrift ist von Mommsen[10] herausgegeben.

6) *Lex (regia) de imperio Vespasiani*[11] aus d. J. 70 p. Chr. Wir haben das Endstück derselben auf einer im 14. Jahrh. gefundenen Capitolinischen Erztafel. Noch bei Haubold-Spangenberg[12] ist es als *Sctum* aufgeführt, wegen *Tac. hist. 4, 3,* allein es bezeichnet sich selbst als *Lex;* der Comitienbeschluß auf Grund des *Sctum* war freilich eine bloße Formalität[13].

7) *Epistola Vespasiani ad Vanacinos* aus d. J. 71, auf einer in Corsica gefundenen Erzplatte[14]. Betrifft eine *controversia finium* und bestätigt die Augustischen Beneficien.

---

1) Mommsen S. 185. — 2) s. Bergk S. 121. — 3) Franz-Zumpt S. 6.
4) *ad Augustin. de leg. n.* 25. — 5) Bruns *Fontes p.* 137, 138.
6) Roth Rhein. Mus. VIII. S. 364.
7) Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. XV. S. 287. Henzen *Annali dell' Instit. arch.* (*Rom* 1854) *p.* 6. Bruns *Fontes p.* 170—2. — 8) *fr.* 52. *de contr. emt.* (18, 1).
9) Bachofen Ausgew. Lehren d. röm. Civilr. S. 185 ff.
10) Verh. d. Sächs. Ges. d. Wiss. 1852. (IV.) S. 272 ff. Haenel *Corp. leg. p.* 53. Bruns *Fontes p.* 141. — 11) Vergl. oben (Excurse) S. 284. 287—9.
12) *Monum. legal. p.* 221 *sq.*
13) Mommsen Stadtr. v. Salpensa S. 391. Röm. Staatsr. II. (*ed.* 2) S. 841. Bruns *Fontes p.* 119. Haenel *Corp. leg. p.* 57. Gegen die Aechtheitsanzweiflung s. Niebuhr R. Gesch. I. S. 381.
14) Haubold-Spangenberg *Mon. leg. p.* 228. Bruns *Fontes p.* 173.

8) *Epistola Vespasiani ad Saborenses* aus d. J. 78, auf einer schon im 16. Jahrh. bei Sevilla gefundenen Erzplatte, jetzt im Escurial[1]. Betrifft den Weiterbau der Stadt und die Vectigalien.

9) *Epistola Domitiani* aus dem J. 82, auf einer i. J. 1590 zu Picenum ausgegrabenen Erztafel[2]. Betrifft die Beilegung eines alten Streites zwischen den Faleriern und Firmanern.

10) *Lex Salpensana et Malacitana* auf zwei Erztafeln (*aes Salpensanum* in 2, *aes Malacitanum* in 5 Columnen), welche a. 1851 zu Malaga in Spanien ausgegraben in dortigen Privatbesitz kamen. Der Text enthält einen Theil[3] zweier Gemeindeordnungen (*leges municipales*), welche vom Kaiser Domitianus ergingen und in die Zeit 81—96 fallen, genauer 81—84; er ist wichtig durch die Aufklärungen, welche er über die latinische Städteverfassung, das Recht der *Latini coloniarii* und das *jus Italicum* gibt, und beseitigt namentlich die älteren Theorien über das letztere. — Erste Ausgabe durch den Spanischen Juristen de Berlanga[4], neue kritische Ausgabe mit Commentar von Th. Mommsen[5]. Laboulaye[6] bestritt die Aechtheit, Giraud[7] vertheidigte sie, Asher[8] bestritt, Arndts[9] vertheidigte sie wieder. Der Inhalt ist juristisch noch nicht erschöpft[10].

11) *Lex metalli Vipascentis,* auf einer in den alten römischen Goldbergwerken bei Aljustrel in Portugal 1876 aufgefundenen Erztafel, welche als dritte bezeichnet ist und nicht die letzte war. Sie ist nicht vollständig, sondern der Länge nach abgebrochen, aber meistentheils aus der Rückseite, welche den Text wiederholt, zu ergänzen. Zuerst von Soromenho, dann von Hübner[11] mit Commentar veröffentlicht. Die Tafel enthält 9 Capitel und rührt wohl aus der 2. Hälfte des 1. Jahrh. der Kaiserzeit. Das Gesetz war nicht eine eigentliche Bergordnung, sondern „ein den Colonie- und Municipalgesetzen analog stehendes Gesetz für den gesammten Bezirk des Bergwerkes“[12]. Bruns[13] hebt hervor, daß das juristische Auge hier namentlich durch eine eigenthümliche Art von Monopolien oder Bannrechten, ähnlich den germanischen Gewerbe-Verbietungsrechten, gefesselt werde; im Interesse der Einwohner des Bannbezirks wurde das *praeconium* (Ausrufen), *sutrinum* (Schuhwerk), *tonstrinum* (Rasirgeschäft) *conducere,* d. h. die Uebernahme dieser Geschäfte und Besorgung derselben durch Leute, als Pflicht und ausschließliches Recht für den ganzen Bezirk an Unternehmer verpachtet. Zu solcher Monopolisirung bedurfte es kaiserlicher Concession. „Neu ist das Recht der *pignoris captio* bei den *conductores.* Außer der alten *leg. act. p. pign. capionem* kannten wir bisher nur eine *pignoris capio* von den Beamten[14]. Auch die jener *conductores* ist aber wohl aus der öffentlichen Natur ihres Bannrechts zu erklären“. — Das 7. und 9. Capitel betreffen das eigentliche Bergwesen.

---

1) Haub.-Spangenb. *p.* 226. Bruns *p.* 174. — 2) Bruns *p.* 174.
3) *aes Salp. cap.* 21—29; *aes Mal. cap.* 51—69. — 4) Malaga, 1858.
5) i. d. Abh. der Sächs. Ges. d. Wiss. III. (1855) S. 363—507. und separat u. d. T.: die Stadtrechte d. lat. Gemeinden Salpensa und Malaca i. d. Provinz Baetica (1855).
6) Paris, 1856. — 7) Paris, 1856. 1857.
8) *Notice sur les tables de Malaga; Paris,* 1866.
9) Zeitschr. f. Rechtsg. VI. S. 393 ff. Krit. Ueberschau IV. S. 412 ff.
10) Dirksen Abh. d. Acad. 1857. (Beitrag z. Auslegung). Van Lier *de aere Salp. et Mal.* (1865). von Swinderen *Disq. de aere Salp. et Mal.* (Grön. 1867). Giraud *La lex Malacitana* (1868). Bruns *Fontes p.* 120—131. Marquardt Röm. Staatsverwaltung I (1873) S. 464.
11) *Ephem. epigr. III.* S. 165—189. — 12) Mommsen bei Hübner S. 188.
13) Zeitschr. f. Rechtsg. XIII (1877) S. 372—383.
14) Vergl. oben (Excurse) S. 228 und Exner Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIII. S. 392 ff. Ferner: v. Bethmann-Hollw. R. Civilproc. II. S. 691.

12) S. g. *Tabula alimentaria Trajani.* Die auf einer ungewöhnlich großen Erztafel enthaltene Urkunde nennt sich selbst *Obligatio praediorum,* d. h. Verpfändung von Grundstücken, ist aber nicht der Verpfändungsakt selbst, sondern eine Vormerkung der Personen und der Grundstücke, mit welchen und über welche der Verpfändungsakt eingegangen werden soll[1]. Trajan hatte, in Entwickelung eines Gedankens des Nerva, ein großes Capital (1,044,000 Sest.) zum Unterhalt von italischen Waisenkindern bestimmt, welches auf Zinsen an Privaten in verschiedenen Gegenden Italiens ausgeliehen und durch öffentliche Hypotheken (*subsignationes praediorum in tabulis publicis*) sicher gestellt wurde; diese Veranstaltung erhielt sich bis in Diocletian's Zeit. Die Tafel ist aus d. J. 103, ward 1747 in den Ruinen von Veleja bei Piacenza gefunden und wird zu Parma aufbewahrt[2].

13) S. g. *Tabula alimentaria Baebianorum,* eine zu derselben Trajanischen Stiftung gehörige Tafel, aus d. J. 101, von welcher ein Bruchstück 1831 bei Benevent aufgefunden wurde und zu Campolattari aufbewahrt wird. Sie enthält eine Zusammenstellung der Zinsen, welche von dem in *Cornelia Baebia* versicherten Theil des Stiftungskapitals zu entrichten waren[3].

14) *Diplomata militum et peregrinorum et civium.* Deren sind 57 in verschiedenen Gegenden gefunden, aus der Kaiserzeit von Claudius bis Diocletian[4]. Es sind Erztäfelchen in Diptychenform, in denen den Beneficiaten[5] das ihnen ertheilte Privilegium (*civitas* oder *conubium cum peregrinis,* ehrenvolle Entlassung) beglaubigt ist. Die Privilegienertheilung war ein Reservatrecht des Imperator und galt *legis vice,* denn in der republikanischen Zeit war sie von den Comitien ausgegangen.

15) *Senatusconsultum Cassianum de nundinis,* auf Stein, in Afrika in den Ruinen von Begua gefunden, und zwar in zwei Exemplaren 1860 und 1873[6]. Der römische Senat bewilligt i. J. 138 den Afrikanern, daß sie monatliche Märkte abhalten — *nundinas instituere et habere eoque vicinis advenisque nundinandi dumtaxat causa coire convenire sine injuria incommodo cujusquam liceat.*

16) *Epistola Severi et Caracallae ad Tyranos* aus d. J. 201, auf einer 1847 am Dniestr in Bessarabien bei Ak-Kerman ausgegrabenen Marmortafel[7]. Die Kaiser bestätigen der Stadt Tyra die Rechte, in deren Besitz sie

---

1) Die Urkunde betrifft also Privatgeschäfte und zählt daher nicht unter die Rechtsquellen, hat auch kein besonderes rechtliches Interesse, hängt aber mit einer kulturgeschichtlich interessanten Stiftung Hadrian's zusammen. — Von anderen monumental erhaltenen Rechtsgeschäften dieser Periode sind zu nennen: 1) *Testamentum Dasumii* a. d. J. 109. auf 1820 und 1830 bei Rom gefundenen Stücken einer Marmortafel (Rudorff Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. XII. S. 301 ff. Bruns *Fontes p.* 202—6); 2) *Mancipatio fiduciae causa* a. d. 1. oder 2. Jahrh. auf einer 1867 in Spanien gefundenen, jetzt zu Sevilla aufbewahrten Erztafel, wahrscheinlich ein Contractschema (Degenkolb Zeitschr. f. Rechtsg. IX. S. 117 ff. 407 ff. Krüger Krit. Versuche S. 41 ff. Rudorff Zeitschr. f. Rechtsg. XI. S. 52 ff. Bruns *Fontes p.* 180); 3) *Donatio Flavii Syntrophi* auf einem nur theilweise noch erhaltenen Steine zu Rom (Huschke *Fl. Syntrophi donat. instrum.* 1838. Mommsen Berichte der Sächs. Ges. d. Wiss. I. S. 288 ff. Puchta Cursus § 118. Bruns *Font. p.* 183); 4) 12 Siebenbürgische Wachstafeln in den Goldbergwerken bei Verespatak von 1786—1855 aufgefunden, in Triptychenform: Kauf-, Darlehns-, Gesellschafts- und Miethgeschäfte enthaltend (Bruns *Fontes p.* 185—191); 5) 127 Pompejanische Wachstafeln in Pompeji 1875 ausgegraben, in Diptychen- und Triptychenform; Auctions- und Vectigalienquittungen enthaltend (Bruns Zeitschr. f. Rechtsg. XIII. S. 360 ff.). Vergl. unten Kap. 72.

2) F. A. Wolf Stiftung Trajans (1808). v. Savigny Verm. Schrift. V. S. 57 ff. Bruns *Fontes p.* 198—201.

3) Henzen *Tabula alim. Baeb.* mit Commentar (1843). Bruns *Fontes p.* 201.

4) Mommsen *Corp. inscr. latin. III,* 2. No. 843—919. Einige Beispiele bei Bruns *Fontes p.* 177—9.

5) Es fanden Collektivertheilungen Statt, worüber feierliche Tafeln aufgezeichnet und auf dem Capitol angebracht wurden..

6) Wilmanns *Ephem. epigr II* S. 272 ff. Bruns *Font. p.* 145.

7) Mommsen *Corp. inscr. lat. III,* 147. No. 781. Bruns *Fontes p.* 176.

sich befand, ohne über den Ursprung sich ausweisen zu können; das Bestätigungsrescript war an den Statthalter der Provinz Moesia, Ovinius Tertullus ergangen und ist von diesem durch einen griechischen Erlaß der Stadt mitgetheilt; dieser Erlaß befindet sich am Schluß. —

Ein großer und werthvoller Theil kaiserlicher Constitutionen ist uns mit größerer oder geringerer Worttreue in den *Codices* (Gregorianus: von Hadrian an? Hermogenianus mit Nachträgen? Theodosianus: von Constantin. M. an; Justinianeus: mit Hadrian anhebend), sowie in einigen Privatarbeiten andrer Art (z. B. in den *Vaticana fragmenta*, der *Collatio Legum* und *Consultatio*) erhalten; außerdem findet sich zerstreut in den mannichfachsten Quellen eine große Anzahl von Kaisererlassen. Ein höchst verdienstliches Werk ist daher Haenel's *Corpus Legum ab Imperatoribus Romanis ante Justinianum latarum, quae extra Constitutionum Codices supersunt,* in 2 Fascikeln, Leipzig 1857. 1860. Dasselbe soll eine die röm. Codices (u. Novellen) ergänzende Sammlung kaiserlicher Mandate und Constitutionen von August bis zu Justinian's Regierungsantritt seyn, und enthält aus einem 558jährigen Zeitraume (von 31 v. Chr. bis 527 n. Chr.) Alles, was außerhalb jener Codices in den Schriften römischer Juristen, in den sonstigen Ueberresten der griechischen und römischen Literatur, besonders der Profan- und Kirchengeschichte, auf Monumenten in Stein oder Erz vorkommt, sei es nun, daß es in der Vollständigkeit des Originals aufbewahrt oder nur im Auszug angeführt ist. Das Griechische ist dabei mit einer lateinischen Uebersetzung bebegleitet, auch sind nicht bloß die eigentlichen Kaiserconstitutionen, sondern zugleich die demselben Zeitraum angehörenden *Leges comitiales* und *Scta,* und nicht bloß die rechtlichen, sondern auch die kirchlichen Satzungen (von letzteren wenigstens die hervorragenderen) aufgenommen. Der beigefügte *index rerum* umfaßt sämmtliche Kaisererlasse, welche in den 3 älteren Codices und im *Corpus Legum* enthalten sind.

## X.

## Ueberreste der juristischen Literatur.

Nachdem mancherlei Privatunternehmungen sammelnder Art, in denen auch kleinere Gruppen von Excerpten wissenschaftlicher Werke (des *Jus* im engern Sinne) zusammengestellt wurden[1], sowie verschiedene Erlasse von Gesetzbüchern germanischer Könige im Westen[2] vorausgegangen waren: verwirklichte Justinian i. J. 533 den Plan einer umfassenden Zusammenstellung des Wichtigsten aus allen römischen Juristenschriften von Mucius Scaevola bis Charisius in so umfassender Weise, daß wir ihm einen beträchtlichen Theil des gesammten römischen Juristenrechts verdanken. Dieser in Justinian's Digestenwerk bewahrte Schatz von über 9000 Fragmenten enthält so viel, daß dem gegenüber die sonst uns erhaltenen Bruchstücke aus röm. Juristen fast verschwinden. Es kann daneben eigentlich nur ein, durch besonders glücklichen Zufall in Verona erhaltenes Schriftstück, nämlich das Institutionenwerk des Gaius, als selbständiger Werth genannt werden, weil es nahezu vollständig gerettet ist, und so das einzige Werk eines römischen Juristen ist, welches uns als Ganzes vorliegt, und zugleich unsrem Blicke geschichtliche

1) nämlich *fragmenta Vaticana*, *Collatio Legum*, *Consultatio*.
2) nämlich *lex Romana Visigothorum*, *Burgundionum*, *Edictum Theodorici*.

Perspektiven eröffnet, welche im Digestenwerk Justinian's eben nur geahnt worden sind. Wir können diesen Veroneser Gaius (etwa in Verbindung mit dem bedeutenden historischen Fragment aus Pomponius[1] im Digestentitel *de origine juris*) fast wie den unterirdischen Grundbau zu dem dem Tageslicht angehörigen Aufbau des Digestenrechts ansehen. — Außerhalb jenes „*omne jus antiquum, confusum et quasi quodam muro vallatum*"[2] hat uns das Glück folgende extramuralen Vorstadtgebäude und zerstreut umherliegenden Ruinen aufbehalten.

Von dem ersten großen römischen Sammelwerke des Aufidius Namusa ist uns Nichts erhalten[3]; von den *Juris conditores* aus der Zeit des Schulenkampfes besitzen wir nur, was uns Justinian gerettet hat, außer Wenigem, was bei Gellius, Festus, Plinius (*Hist. nat.*) und einigen anderen Antiquaren mitgetheilt wird[4].

1) *Gaii Institutionum commentarii IV*, die Grundlage der Institutionen Justinian's, und außerdem bis zum Jahre 1816 fast nur aus der gothischen Epitome und den in die Digesten Justinian's aufgenommenen Fragmenten bekannt. Von Niebuhr zu Verona auf einem Palimpsest entdeckt, von Goeschen und v. Bethmann-Hollweg entziffert, zuerst von v. Savigny auf die wahrscheinliche Urheberschaft zurückgeführt, ist dieses Werk des Gaius dann namentlich von Goeschen, Bluhme, Heffter, Lachmann, Huschke und Böcking kritisch festgestellt, ergänzt und commentirt, neuerdings wieder auf Grund sorgfältiger Vergleichung der Handschrift durch Studemund erheblich vervollständigt und gesichtet worden. Niebuhr schrieb damals an v. Savigny über mehrere in der Bibliothek des Veroneser Domcapitels gemachte Funde: „Nun aber kommt erst die rechte Botschaft, welche ich Ihnen zu verkündigen habe: nämlich daß zu Verona von einem alten Juristen so Viel erhalten ist, als einen mäßigen Octavband anfüllen würde: davon aber habe ich nur 1 Blatt zur Probe und zum Beweis abschreiben können. Ich hatte schon zu Würzburg angefangen, mich nach *resriptis* umzusehen . . . . Zu Verona ging mir ein andrer Glücksstern auf. Nämlich der *Codex 13.*, Briefe des h. Hieronymus, ein ziemlich starker Quartband, aus dem 9. Jahrhundert, ist rescript bis auf höchstens $1/5$ der Blätter, die neu genommen sind. Von dem rescribirten Theil ist Etwas theologischen Inhalts, bei Weitem aber das Meiste juristisch. Es ist von der nämlichen Hand geschrieben, wie das Fragment des Gaius . . . Den Namen des Verfassers und den Titel des Buches habe ich vergebens gesucht. Nach meiner Vermuthung, die sich auf die Manier und Citationen gründet, ist es ein Werk Ulpian's"[5]. v. Savigny selbst rieth aus einer Vergleichung des Blattinhalts mit *§ 4. J. de succ. libertor. (3, 8)* alsbald auf die Institutionen des Gaius[6]. „Die Veroneser Handschrift des Gaius stammt natürlich noch aus dem Rechtszustande vor Justinian's Gesetzgebung, dem 5. oder spätestens 6. Jahrhundert, und enthielt ursprünglich 129 Blätter, von denen 3 aus der Mitte verloren, eines (von den Interdicten) schon im 18. Jahrh. gefunden und[7] edirt, 63 Blätter ein Mal, 62 zwei Mal überschrieben sind". Die erste und zweite Ausgabe des Ganzen verdanken wir Goeschen[8]. Hierzu kommen die Ausgaben von

1) s. Osannus, *Pomponii de Origine juris fragmentum* (Giess. 1848). Es ist der *Enchiridii liber singularis.*
2) s. Cursus § 31. — 3) s. Cursus § 197.
4) s. Rudorff R. Rechtsg. I. § 88. — 5) v. Savigny Verm. Schr. III. S. 160—3.
6) ebendas. S. 203. — 7) v. Maffei 1742 und von Haubold 1816.
8) Berlin 1820 und 1824.

Heffter[1], Lachmann[2], Huschke[3] und von Böcking[4]; ferner literarische Nachweisungen bei Deurer[5], kritische Ausführungen bei Huschke[6], bei Pöschmann[7] und bei van Assen[8]. Ferner sind hervorzuheben Böcking's Ausgabe einer handschriftlichen Nachbildung[9], Rudorff[10] und v. Bethmann-Hollweg's Bemerkungen zu Böcking's Apographum[11]. Der Text der Gaianischen Institutionen findet sich endlich auch bei Gneist *Institutionum etc. syntagma* und bei Huschke *Jurispr. antejustin.*; eine Uebersetzung ins Deutsche hat Beckhaus (Bonn 1857) geliefert. Einen neuen kritischen Abschnitt bildet die Studemund'sche Durchsicht der Handschrift, worüber Studemund selbst berichtet hat[12]. Auf dieser Durchsicht beruhen alle neuen Ausgaben seit 1874, voran die große Studemund'sche Ausgabe in Quart[13], sodann die von Polenaar[14], Huschke[15] und dann von Studemund-Krüger[16].

Außerdem ist von Gaius ein kleines Bruchstück aus seinem Zwölftafelcommentar bei Lydus (*de magistr. 1, 34*) erhalten.

2) *Pomponii liber singularis Regularum:* ein unbedeutendes, im 16. Jahrhundert in Frankreich aufgefundenes Fragment, welches von der Untheilbarkeit der Servituten handelt[17].

3) *Papiniani Responsorum lib. I.,* d. h. ein kleines Fragment *de pactis inter virum et uxorem,* am Schluß der *lex Romana Visigothorum* befindlich[18].

4) *Ulpiani liber singularis Regularum* in 29 Titeln, zuerst von Jean Dutillet (Tilius) im Jahre 1549 aus einer Vaticanischen Handschrift, seitdem oft wieder, namentlich von Hugo (1788 u. s. w.), Böcking (1834 u. s. w.), Vahlen (Bonn 1856), Gneist (in seinem *syntagma* 1858), und Huschke[19] herausgegeben, von Schilling[20], G. E. Heimbach[21], Lachmann[22], Klenze[23] und Röder[24] kritisch behandelt[25]. — Dieses Werk ist sonst nach der Ueberschrift des Titelverzeichnisses fälschlich oft als *Tituli ex corpore*

---

1) Berl. 1827. — 2) Berl. 1842. — 3) Leipz. 1861.
4) Bonn 1841; *ed.* 5. Leipz. 1866. — 5) Grundriss f. Gesch. u. Inst. (1849) S. 10. 11.
6) Gaius Beiträge z. Kritik u. z. Verständn. seiner Instit. (Leipz. 1855).
7) Studien zu Gaius, 3 Hefte (Leipz. 1854—1862).
8) *Adnotatio ad Gaii Institutionum Commentarios*; 2 Abtheil. (Lugd. Bat. 1826. 1849. 1855).
9) *Gai Institutiones; Codicis Veronensis apographum; acc. Goescheni de codice Veronensi praefatio et incerti auctoris de jure fisci quae supersunt* (Lips. 1866). Die Anzeige bemerkt darüber: „Das vorliegende Apographum des Veroneser Palimpsestcodex gewährt von demselben ein so treues Bild, als die Beschaffenheit der Handschrift überhaupt gestattet, indem diese Ausgabe nicht bloss Seite auf Seite und Zeile auf Zeile des Originals, sondern auch sämmtliche Abkürzungen desselben wiedergibt und an den schwer lesbaren Stellen die verschiedenen Entzifferungsversuche Göschens, Hollwegs, Bluhme's, d. h. aller derer, die die Handschrift gelesen haben, nach den Originalpapieren neben einander stellt. Diese Darstellung der Handschrift ist von dem Herausgeber selbst durch autographischen Umdruck ausgeführt".
10) Ueber die lexical. Excerpte aus den Instit. des Gaius (i. d. Abh. d. Berl. Acad. Berl. 1866. 45 S.).
11) 1866: i. d. Zeitschr. f. Rechtsgeschichte V. S. 357—379.
12) Mittheilungen antiquar. Inhalts a. d. Palimpsesten d. Gaius (Leipz. 1869).
13) *Gaii Institutionum commentarii quattuor; Codicis Veronensis denuo collati apographum confecit Guil. Studemund* (*Lips.* 1874). — Dazu Goudsmit Studemund's Vergleichung d. Veron. Handschrift; Krit. Bemerkgn zu Gaius; übers. v. Sutro (Utrecht, 1876).
14) *Syntagma Institutionum novum: Gaii Institutiones sec. Guilelmi Studemund Cod. Ver. collat. oppos. Justiniani Instit.* (*Lugd. Bat.* 1876. 1879).
15) *Gaii Institutionum comm. IV. Ed. sep. III. ad Stud. apogr. curata* (*Lips.* 1878). Zugleich in der *Jurispr. antej. ed.* 4 (1879).
16) *Krüger et Studemund Gai Institutiones ad Cod. Ver. apogr. Studem. in usum scholarum* (*Berl.* 1877).
17) Vergl. Cramer in Hugo's civil. Magaz. VI. No. 1. Bonner *Corp. jur. antej. p.* 169 und die Böcking'schen Ausgaben des Ulpian.
18) Vergl. die Böcking'sche Ausgabe des Ulpian.
19) in s. *Jurispr. antej.*, und auch abgesondert, Lips. 1861.
20) *Animadv. crit. Spec.* 1—4: (1830. 1831). — 21) Ueber Ulpian's Fragmente (1834).
22) Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. Bd. 9. S. 174 ff. — 23) ebendas. S. 231 ff.
24) Versuche der Berichtigung von Ulpian's Fragm. (Gött. 1856).
25) Vergl. auch Puchta in Schunk's Jahrbb. Bd. 25. S. 47 ff., v. Savigny Verm. Schr. III. No. 23 und Böcking in der Präfatio seiner Ausgabe des Ulpian (*ed.* 4. 1855).

*Ulpiani* citirt worden; daß es eine Compilation aus verschiedenen Juristen (Gaius, Ulpianus?) sei, ist von Heimbach und Pöschmann aufgestellt, von allen Anderen dagegen festgehalten worden, daß es ein (spätrömisches) Excerpt aus Ulpian's *Regulae* sei[1]. Da es Excerpt, aber nicht Bruchstück ist, so kann die Bezeichnung als „Ulpian's Fragmente" nicht als correct gelten, doch ist es üblich geblieben, so zu citiren.

Außerdem enthält das s. g. Endlicher'sche Fragment einige Stücke aus dem 1. Buche von Ulpian's *Institutiones*, entdeckt von Steph. Endlicher im Jahre 1835 auf 4 kleinen (zum Einband einer Papyrushandschrift verwendeten) Pergamentstreifen in der Wiener Bibliothek; zuerst vom Entdecker[2], dann von Böcking[3] mit Facsimile herausgegeben[4].

Kleine Bruchstücke aus Ulpian's *libri ad Edictum* (*VI.* u. *XLVI*) finden sich noch bei *Pacatus* (*Saec. 5*) und *Priscian* (*Art. gramm. lib. 3. p. 607. Putsch*). Endlich berichtet Rudorff[5] über 8 Auszüge eines Lexicographen, vielleicht aus jenem Werke Ulpian's, von welchem Lactantius erzählt, daß im 7. Buche die gegen die Christen erlassenen kaiserlichen Rescripte zusammengestellt gewesen seien; diese Auszüge befinden sich in einem griechisch-lateinischen Glossar der Pariser Bibliothek.

5) *Pauli Receptae Sententiae* in 5 Büchern, vorzugsweise durch den ausführlichen Auszug in der *Lex Romana Visigothorum* erhalten[6]. Kleine Ergänzungen geben a) ein Bruchstückchen des Titels *de quaestionibus habendis*, welches in einer Handschrift der *lex Visig.* eingeschaltet ist[7]. — b) Das s. g. *Fragmentum de jure fisci*, welches von Niebuhr (zugleich mit Gaius) entdeckt ward; es scheint gleichfalls den *Sententiae* anzugehören[8].

*Pauli Regularum libri VII*, deren Anfang als *Fragmentum regularum e vetere Icto*, oder gewöhnlich als *Fragmentum Dositheanum de juris speciebus et manumissionibus* citirt wird und von den Rechtsquellen, sowie der Eintheilung der Personen in Freie und Sklaven handelt; es ist die lateinische Rückübersetzung einer griechischen Uebersetzung jenes Werks in einem Schulbuch (im 3. Buche der *Interpretamenta*) des Dositheus[9].

Unbedeutende Fragmente aus *Pauli Institutionum libri II. tit. de dotibus*, *Modestini Regularum libri III. tit. de bonis libertorum et de testamentis*, *Modestini Differentiarum lib. I.* und eines *Incertus auctor de gradibus*[10].

Außerdem sind uns größere und zum Theil sehr werthvolle Bruckstücke aus Papinian, Ulpian, auch aus Gaius und Modestin in einigen Privatsammlungen der christlichen Kaiserzeit[11] erhalten.

---

1) *cf. Ulp.* 20, 6 = *fr.* 17. *de test.* (22, 5); *Ulp.* 5, 6. 7 = *Collat.* 6, 2.

2) *De Ulpiani Institutionum fragmento. Vindob.* 1835.

3) in seiner Ausgabe des Ulpian (1855). p. 129 sq.

4) Vergl. v. Savigny und Rudorff in der Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. IX. S. 1 ff., Mommsen ebendas. XV. No. 11.

5) in den Abhandlungen der Berl. Acad. (1866. 89 S.).

6) *Ed. I.* Paris 1525, von *Cujacius* Paris 1558; von *Arndts* Bonn 1833. Abdruck im Bonner *Corp. Juris.* Dazu Haenel, *Epitomae Leg. Rom. Visig. p.* 338—444.

7) abgedruckt in Böcking's Ulpian (1855). p. 171.

8) abgedruckt in den Göschen'schen Gaius-Ausgaben (im Anhang), im Bonner *Corp. Jur.* (p. 161 sq.) und in Böcking's Ulpian (1855, p. 160 sq.). Neue Ausgabe: *Fragm. de jure fisci ed.* Krüger (1868).

9) Zuerst von P. Pithou (1573), dann von Schulting (in s. *Jurispr. vet.*), auch im Bonner *Corp. Jur.* (p. 214—227) und in Böcking's Ulpian (1855. p. 158 sq.) abgedruckt. Vergl. Schilling *Diss. crit. de fragm. Dosith.* (*Lips.* 1819 u. 1821) und Rudorff R. Rechtsg. I. S. 194. 242.

10) s. in Böcking's Ulpian (1855) p. 173. 179—184. Vergl. Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 89 a. E.

11) in den *Fragmenta Vaticana*, der *Collatio Legum*, der *Consultatio veteris Icti* und in *Hygini Gromatici libellus Constitutionum*. Vergl. Cursus § 956.

## XXXV. Kapitel.

### III. Die Rechtsfähigkeit.

(Zu § 323-330.)

### I.

### Der Ursprung des Colonats.

Zu § 327] Der Ausdruck *Coloni* kam in einem zwiefachen Sinne vor: in einem publicistischen und einem civilistischen, denn *coloni* hießen die mit dem gehörigen Gründungsritus angesiedelten Römer und Latiner, welche im Ausland oder in den Provinzen seßhaft gemacht wurden, und sodann auch die Bewirthschafter von Landgütern, welche diese pachtweise inne hatten. Seit dem 2. Jahrhundert p. Chr. traten aber in größerem Maßstab Verhältnisse ein, in denen jener Doppelsinn zu verschwimmen schien: nicht Colonisten im technischen Sinne[1] und auch nicht Pachter im eigentlichen Sinne waren es, die nun oft mit diesem Namen belegt wurden, sondern Massen barbarischen Volks, welche in das Reich aufgenommen zur Hebung des Landbaus und Completirung der Einwohnerschaft beitragen sollten. Sie konnten nicht als Sklaven behandelt werden und bewegten sich mindestens eben so frei, wie die öffentlichen und Privatsklaven, welche auf den entfernten Latifundien vom Kaiser und den Großen des Reichs angestellt waren, und denen das eigne Interesse der Herren, sowie die festgewurzelte Sitte völlig freie Hand ließ. Auf diese Weise erklärt sich der Ursprung des räthselhaft erschienenen Colonats der späteren Zeit. Dasselbe beruht theils auf ethnischen, theils auf socialen Bedingungen, welche neu und der Kaiserzeit eigenthümlich waren. Es gehört zu denjenigen Erscheinungen, die bereits von der alten röm. Heerstraße seitab führen, als Vorboten der nachherigen feudalistischen und romanogermanischen Umbildung des occidentalen Völkerlebens gelten können und dem Halbdunkel weltgeschichtlicher Uebergangszeiten angehörig einen besonderen Reiz auf den Forscher ausüben.

Wir haben einen inneren und einen äußeren Impuls zur Entwickelung des bodenhörigen Colonats unterschieden: jenen hebt Kuhn[2] hervor, indem er zeigt, wie aus den Ständen der ländlichen Arbeit allmählich, und zwar im Zusammenhang mit der damaligen allgemeinen Neigung zur „Gebundenheit" wirthschaftlicher und politischer Classen, eine *glebae adscriptio* sich entwickelte; Zumpt[3] macht vornehmlich die wiederholten Ansiedelungen von Barbarenmassen geltend und sieht diese als den eigentlichen Entstehungsherd des spätrömischen Colonats an. Gewiß hat Beides zusammengewirkt, und vielleicht können die kaiserlichen Colonienstiftungen die Vermittelung gespielt haben.

Höck[4] sagt: „Die Gallier, länger als die übrigen Italiker staatsrechtlich von den Römern geschieden, bewahrten sich eine Lebensrichtung, die nicht, gleich der römischen, bloß auf Krieg und Eroberung gestellt war, sondern auch dem Handel, Gewerbe und Ackerbau zugewendet blieb. Das Unglück der Ackeranweisungen wirkte in den Po-Ländern weniger vernichtend,

1) S. oben (Excurse) S. 299.
2) Die städt. und bürg. Verfass. d. röm. Reichs, I. S. 259.
3) Ueb. d. Entsteh. d. Colonats i. Rhein. Mus. III. (1845). S. 12 ff.; dazu Huschke Census d. Kaiserzeit, (1847). S. 158.
4) Röm. Gesch. I. 2. S. 130.

weil man hier mehrere Erwerbszweige hatte, und weil sich hier eine Ackercultur erhielt, welche die Quelle eines regelmäßigen Lebensunterhalts für die Bürger war. Plinius der Jüngere hielt auf seinen Gütern bei Comum keine Sklaven, sondern nur freie Leute und Kleinpächter; er bemerkt[1], daß diese Art der Bewirthschaftung der Grundstücke in dortiger Gegend die allein übliche sei"[2]. — Rodbertus[3] sagt: „Zwischen dem älteren und jüngeren Plinius beginnt eine rückläufige Bewegung, indem die Latifundien wirthschaftlich parcellirt werden; die Eigenthumscomplexe mochten sich noch vergrößern, aber das Land ward parcellenweise meist an eigne Sklaven in Naturalpacht ausgethan. In Italien ward die Bodencultur immer intensiver und gartenmäßiger, und so konnte sie nur in Parcellenwirthschaft betrieben werden. Ueberdies fand man tüchtige Administratoren und angemessene Pächter für Latifundienwirthschaften nicht mehr wie ehemals. Es waren gewöhnliche Landbau-Sklaven, denen man eine Ackerparcelle in Pacht überließ; so war zur Zeit der classischen Juristen der Colonat noch ganz in der alten Rechtsform der Sklaverei verborgen".

Nicht ganz — sondern nur theilweise, denn anderntheils gab es auch freie Ackerpächter; noch Severus Alex. braucht das Wort *colonus* von solchen[4]. Aber anderseits war auch bereits der Zeit der classischen Jurisprudenz der Gedanke der Bodenhörigkeit der Sklaven nicht fremd; er scheint sich römischerseits aus der Einrichtung des *instrumentum* (*animale*) *fundi* entwickelt zu haben. Schon bei Alfenus wird die Zugehörigkeit zum *instrumentum fundi* erörtert[5]; Sabinus und Labeo beschäftigen sich mit derselben Frage, jener der Ausdehnung, dieser der Einschränkung zugeneigt[6], und die Sabinianische Tendenz sehen wir dann herrschend[7]. Zwar dringt Labeo mit seiner Ansicht durch, daß *servi, qui quasi coloni in agro sunt,* also wie freie Pächter, nicht zum Inventar gehören[8], aber Ulpian rechnet auch die *contubernales servorum* (*uxores et natos*) zum Inventar[9]. Ein neuer Gedanke ist es, wenn Marcian ausspricht[10]: *Si quis inquilinos sine praediis, quibus adhaerent, legaverit, inutile est legatum,* und in diesem Sinne rescribiren auch Marc Aurel und Commodus, und in demselben Sinne ist es zu verstehen, wenn Hermogenian sagt[11]: *qui per collusionem imaginarium colonum circumveniendi emtoris causa supposuit, ex emto tenetur.* Im Land- und Ackerbau Italiens und der Provinzen hatte sich ein allgemeiner Umschwung eingeleitet; die Bevölkerung ward aus Eigenthümern zu Pächtern, indem infolge des Aufkaufs von Gütern und der Ansammlung ganzer Länderstrecken in derselben Hand deren Bewirthschaftung theils durch Sklaven, theils durch gedungene Arbeiter, theils durch Pächter geschehen mußte. Massen von Armen und Freigelassenen traten in solche Pachtverhältnisse ein, und in verschiedenen Formen gestalteten sich diese Rechtsverhältnisse. Theils waren sie auf Zeit, theils auf die Dauer berechnet, und diese Perpetuitätsverhältnisse oder Erbpachte bildeten die Wurzel der Emphyteuse, des *ager vectigalis,* zum Theil auch der *superficies* und gewiß auch des bodenhörigen Colonats. Nicht ohne Einfluß mag hierbei die Frage der Steuerleistung gewesen seyn;

1) *Plin. Epist.* 3, 19. — 2) Vergl. dazu Zumpt Stand der Bevölkerung. S. 86.
3) in Hildebrand's Jahrbb. f. Nat.-Oec. u. Stat. I. S. 209. 222. 228.
4) *c.* 5. 9. *de loc. et cond.* (4, 65). — 5) *fr.* 12. § 2. *de fundo instr.* (33, 7).
6) *fr.* 8. 12. § 4. *eod.*
7) *fr.* 8. § 1; *fr.* 12. § 4; *fr.* 15. § 2; *fr.* 17. *eod.* Schon Trebatius sprach in dieser Richtung: *fr.* 12. § 5. *eod.*
8) *fr.* 12. § 3. *eod.* — 9) *fr.* 12. § 33. *eod.* — 10) *fr.* 112. *de legat. I.*
11) *fr.* 49. *pr. emti* (19, 1).

daß es eine in den Provinzen ventilirte Frage war, ob die *domini* oder die *conductores* die Steuern zu entrichten hätten, ersehen wir aus einer Bemerkung Modestin's [1]; vielleicht hat gerade die Steuerpflichtigkeit des Provinzialbodens, als hier der Latifundienbesitz anschwoll, zur Ausbildung einer abhängigen Kleinwirthschaft geführt [2]. Es mögen aber auch die Mischverhältnisse der kaiserlichen Colonien zu den einheimischen und sonst etwa angesiedelten Bewohnern beigetragen haben, die Ausbildung eines Mischtypus des Colonats zu fördern. Seit Hadrian geschah es häufiger, daß barbarische Stämme für die Zwecke des Ackerbaus in einzelne Striche der Grenzprovinzen aufgenommen wurden; die ersten Städteanlagen in neugewonnenen barbarischen Ländern wurden nicht durch röm. Soldaten, sondern durch die Einwohner des Landes selbst vorgenommen. So berichtet *Eutrop. 8, 3* von Trajan: *ex toto orbe Romano infinitas eo copias hominum transtulerat ad agros et urbes colendas; Dacia enim diuturno bello Decebali viris fuerat exhausta* [3]. Aber erst seit Diocletian und Constantin, so scheint es, tritt das entscheidende Moment der Bodenhörigkeit hervor [4]. In demselben war eine Beschränkung, aber zugleich auch ein Recht des *colonus* gegeben, denn der Grundbesitzer durfte ihn nicht vom Boden trennen, und somit war der *glebae adscriptus* sicher gestellt und theilweise wie ein Freier; aber eben damit hing wohl auch das zweite Moment von Wichtigkeit zusammen, daß der *adscriptus* zugleich *tributarius*, d. h. zur Entrichtung einer Kopfsteuer verpflichtet war. Mit diesen Momenten treten wir in die nachclassische Zeit ein [5].

## II.

## *Milites. Laeti.*

Zu § 330] In dem Maaße, als der Soldatenberuf sich zu einem wirklichen Stande, abgelöst vom einfachen Bürgerthum, herausbildete, mußte auch ein gleichsam concentrischer Kreis von rechtlichen Bestimmungen innerhalb des allgemeinen Reichsrechts entstehen. Dieser engere Kreis erschien zunächst als ein *jus singulare*, allein von einem festen Centrum ausgehend trug er die Lebenskraft in sich, zu einem dem *jus paganorum* ebenbürtigen und coordinirten Reichsrecht anzuwachsen. Die treibende Grundidee war dieselbe, von welcher aus das nationale Civilrecht sich entwickelt hatte: die Idee des souveränen Privatwillens, das Recht eines *paterfamilias*. Im *jus militare* galt der *miles* als selbständig, auch der *filiusfamilias*; und wie im nationalen Civilrecht die Privatsphäre gleichsam im Recht der *ultima voluntas* gipfelte, so ward auch im *jus militare* ganz vorzugsweise das Testiren des *miles* in vorzüglicher und freiester Weise sanctionirt. Der Wille des Soldaten ging nun über die XII Tafeln, die Privilegien des *testamentum militare* gebührten den Soldaten standesmäßig [6]. Die Heere waren nicht mehr fliegende Heersäulen,

1) *fr. 32. § 6. de adm. tutor.* (26, 7).
2) Heisterbergk d. Entstehung d. Colonats (1876) S. 78 ff. unter Berufung auf *Senec. Epist. mor.* 90, 39 und *Colum. de re rust.* 1, 3, 12 und 1, 7.
3) Vergl. Zumpt *Comment. epigraph. p.* 404. 441; Marquardt Alterth. III. 1. S. 338—340; Voigt d. *jus naturale* d. Röm. II. S. 886. Eine Uebersicht der verschiedenen deutschen und französischen Ansichten von Savigny bis Rodbertus gibt Heisterbergk S. 7—38. Derselbe betont (S. 100), dass solche Ansiedelungen gar nicht in den eigentlichen Kornprovinzen, sondern nur in den nördlichen Ländern stattfanden.
4) Das älteste der in die *Codices* aufgenommenen Colonatsgesetze setzt den Bestand des Colonats im Sinne des späteren Rechts schon voraus. Heisterbergk S. 6.
5) Vergl. v. Savigny Verm. Schr. II. S. 1 ff.; Kuhn a. a. O. S. 261. 284. Heisterbergk S. 143.
6) bis auf Justinian, der sie zuerst auf den Zustand *in expeditione* beschränkte.

sondern communale Institutionen, stehende Körper; ihre Standlager und Castelle sammt Heerstraßen und Wällen formirten ein ideelles Territorium im Reich, und die zum System entfaltete Grundidee zog nach allen Richtungen hin ihre Consequenzen. Die einfachen Bürger hießen fortan im Gegensatz der Soldaten: *pagani* oder *privati*[1], und das allgemeine Recht im Gegensatz des Militärrechts: *jus commune, jus paganorum* oder *juris civilis regula*[2].

Persönlich und sachlich erweiterte sich das *jus militare s. militum*. Anfangs ein *jus castrense* (*peculium castrense!*), nahm es immer entschiedener das Gepräge der Permanenz an. Die Testirerleichterung ward auf alle erstreckt, *qui in hosticulo deprehunduntur s. in procinctu versantur*[3]; betreffs der Excusationsbefugniß wurden neben den *milites* diejenigen genannt, *qui militant* oder *qui eidem ordini communicaverunt*[4]. Rechtsirrthum ward den Soldaten verziehen, das *beneficium competentiae* ihnen gewährt. Seit Constantin endlich beginnt der *favor veteranorum* zum System zu werden, und die Geschichte der verkäuflichen[5] verpfändbaren *militia* zeigt uns, wie das System des militärischen Bureaukratismus auch im Privatrecht schöpferische Wirkungen äußerte.

In diesen Zusammenhang gehört das lange problematisch gewesene Institut der *Laeti*. Auch sonst war das Militärwesen ein Hauptcanal für das Eindringen peregrinischer Elemente und Ideen, aber es wurden diese zum großen Theil völlig intussuscipirt und romanisirt; an den *Laeti* nun sehen wir, wie Rom die peripherischen, barbarischen Einflüsse nicht mehr allenthalben innerlich zu bewältigen vermag. Auch hier, wie beim Colonat, sind es ackerbauliche Interessen, welche Berücksichtigung heischen, aber indem mit dem ländlichen Bodenbesitz militärischer Reichsdienst organisch verknüpft wird, entstehen typische Verhältnisse, welche lebhaft an die spätere Entstehung des Beneficial- und Feudalwesens erinnern. Die früheste ausdrückliche Erwähnung fällt allerdings erst in die nachclassische Zeit[6], aber sein aus germanischen Elementen und auf gallischem Boden erwachsenes Daseyn im 3. und 4. Jahrhundert läßt vermuthen, daß seine Keime bereits unsrer Periode angehören[7].

## XXXVI. Kapitel.

### IV. Das Privatgebiet.

(Zu § 331—340.)

### I.

### Zur Dogmengeschichte der classischen Jurisprudenz.

Zu § 333—338] Erst seit mehreren Jahrzehenden ist das Bestreben erwacht, in das flache Bild der röm. Jurisprudenz, wie es uns in den Digesten Justinian's vorzuliegen scheint, dogmengeschichtliche Perspective hineinzutragen. Doch steht unsre Wissenschaft mit dieser neuen Arbeit noch am An-

---

1) *Ulp.* in *fr.* 7. § 6. *de donat.* (39, 5) und *fr.* 3. § 1. *de muner.* (50, 4).
2) *Gai.* in *fr.* 17. § 2. 4. *de test. mil.* (29, 1); dazu *Scaev.* in *fr.* 96. *ad leg. Falc.* (35, 2).
3) *Ulp.* in *fr.* 1. *de B. P. ex test. mil.* (37, 13). — 4) *Mod.* in *fr.* 8. *pr. de excus.* (27, 1).
5) schon *Scaev. fr.* 52. § 2. *emti* (19, 1).
6) a. 295 bei *Eumen. Paneg. Constantio Caes.* 21, 1.
7) Vergl. Böcking *Notitia Dignitat. II*, 2. *p.* 1043 *sq.* und Voigt Das *jus naturale* d. Römer II. S. 891—8.

fang, und die genetische Vertiefung des reichen Dogmengehalts wird nicht eher im großen Styl gelingen, als bis wir uns allgemein entschließen, das röm. Recht vornehmlich als System des classischen Rechts vorzutragen. Es ist — wenn wir von einzelnen Specialleistungen, wie natürlich, absehen — ein eigenthümlicher Widerspruch, welchen die historische Schule in und mit sich herumgetragen hat, daß sie das Dig.-Recht Justinian's für uns als eine geschichtliche Thatsache ergriffen, aber dieses Recht für sich fast gar nicht in seiner geschichtlichen Bewegung aufgefaßt hat. Wie erklärt sich dies? nicht lediglich aus der Allmählichkeit der geschichtlichen Forschung, denn nicht einmal in den größten und allgemeinsten Zügen hat jene Schule etwas für die civilistische Dogmengeschichte geleistet; sondern ganz hauptsächlich daraus, daß die historische Schule noch zu tief in einem Bewußtseyn wurzelte, welches dem recipirten Recht gegenüber unfrei und selbstlos dastand[1]. Man nahm das Digesten-Recht als ein überkommenes Recht, und nahm es eben so, wie es überkommen war; man reflectirte mehr darüber, was geworden, als wie es geworden war. Das freie Selbstbewußtseyn beginnt erst, wenn man nach der Entstehung dessen fragt, was man hat und die Herrschaft, die fertig dasteht, in ihrem Werden rückwärts belauscht. Die civilistische Dogmengeschichte ist ein solches Belauschen, sie ist die That und Bewährung einer freigewordnen Wissenschaft. Der volle Muth der Freiheit kann erst dann kommen, wenn das röm. Recht nicht mehr als das Recht Justinian's Geltung behauptet, denn Justinian's Ordnung hat sich wie eine Eisdecke über das Bett des eigentlichen Lebensstroms gelegt, und erst nachdem das Frühlingswehen einer durch das erstarkte Nationalbewußtseyn im Recht befreiten Wissenschaft die Decke gesprengt hat, kann die volle Strömung dem Auge eigentlich offen werden. —

A. Das römische Recht ist lange durch das straffe Band unbedingter Einfachheit zusammengehalten worden; es war der Gürtel jenes Kriegskleids, in welchem Rom die Welt und ihre Völker besiegte und einte. Aber Civilisation und Luxus erheben Ansprüche, mit denen solche Einfachheit und Knappheit auf die Dauer unverträglich ist; so kam Gliederung, Mannichfaltigkeit, Verwickelung, Verschlungenheit über das System des Rechts, und zu den einfachen Originaldogmen gesellten sich complicirtere Rechtsideen und combinatorische Formeln. Zuerst Labeo scheint diese Arbeit unerschrocken in Angriff genommen zu haben.

Gleichwie im Sachengebiet *universitates rerum* aufgestellt[2] und gar die Stücke einer Heerde, die schon genitalisch und wirthschaftlich eine Einheit bilden, als eine Sacheinheit geachtet wurden, um compresse Rechtsverhältnisse zu gewinnen: so entstand auch im Obligationengebiet das Verkehrs- und Rechtsbedürfniß, gegliederte Massen zu einheitlichen Rechtsobjekten zu comprimiren. Dieses Bedürfniß mochte sich zunächst nach zwei Seiten hin geltend machen: 1) die bei onerosen Verträgen in Betracht kommenden Leistungen waren zum Theil complicirter Natur, und namentlich galt es hier, das Moment der Wechselseitigkeit zur civilistischen Geltung zu bringen. Offenbar ist, dies gethan zu haben, Labeo's Verdienst. Er setzte für die s. g. Innominatcontracte diesen Gedanken durch[3], und aus seinen Betrachtungen über *agere, gerere* und *contrahere*[4] ersehen wir, welche Aufmerksamkeit er dem reichen

1) Dies muss trotz der Aeusserung v. Savigny's im System, Bd. I. S. XV gesagt werden.
2) s. z. B. Pomp. in *fr.* 17. § 4. *commod.* (13, 6).
3) *fr.* 50. *de contr. e.* (18, 1). — 4) *fr.* 19. *de V. S.*

Gebiete obligatorischer Leistungen schenkte, und wie er hier civilistisch aufzuräumen beflissen war. Dieses Aufräumen war wichtig theils für die *negotiorum gestio*[1], theils für die (wesentlich und unwesentlich) gegenseitigen Contractsobligationen. Unter letzteren scheint die *locatio conductio* ein Lieblingscontract des Labeo gewesen zu seyn[2], und bei diesem lag es besonders nahe, die beiderseitigen Leistungen als ein wirthschaftlich ineinander geschlungenes Ganzes aufzufassen. Ich schließe aus *fr. 19. de V. S.*, daß es schon Labeo und zuerst er besonders war, welcher mit principieller Entschiedenheit die Idee der „*ultro citroque*[3] *obligatio*" aufstellte und dafür auf den im Worte συνάλλαγμα ausgedrückten Wirthschaftsgrund verwies; aus *fr. 7. § 2. de pact.* (*2, 14*) erkennen wir, daß unter Celsus und Aristo, Proculianern und Sabinianern, die Idee des συνάλλαγμα verhandelt und die Ansicht der letzteren derjenigen des Labeo conformirt wurde. — 2) In Verbindung mit dem Gedanken der Wechselseitigkeit mußte aber auch die Wichtigkeit des Gedankens, daß die verdungene Leistung eine wirthschaftliche Einheit sei, zum Bewußtseyn kommen, und wem lag dieser Gedanke näher, als dem Begründer der Specificationstheorie? Es galt hier, juristisch mit einem Wirthschaftsmoment zu rechnen, und Paulus[4] erzählt uns, daß Labeo bei der *locatio conductio* zwischen ἔργον und ἀποτέλεσμα unterschieden und mithin angenommen habe, daß in manchen Rechtsverhältnissen ein aus mehrfachen Leistungen und Werken gebildetes Wirthschaftsganzes als solches in Betracht komme, und also gleichsam der Plan selbst das zu leistende sei. Javolen[5] adoptirte diesen Gedanken; er drückte die Idee des Unternehmens, welche einer Reihe verwickelter und verschiedenartiger Leistungen das Gepräge eines einzigen abgeschlossenen Leistungsobjekts gibt und mithin einen besonderen Rechtstypus herstellt, mit dem Worte „*universitas consummationis*" aus, und Gaius[6] machte davon Anwendung auf Legate.

Labeo gab mit seinen terminologischen Distinctionen viele neue Impulse[7]. Vielleicht war es minder erheblich, daß er das gewöhnliche *ostentum* und das φάντασμα (*prodigiosum*), ferner *ope* und *consilio factum, locus* und *praedium* unterschied[8]; wenn er aber vom *agere* das *contrahere* und vom ἔργον das „*ex opere facto corpus aliquod perfectum*" unterschied, so drücken uns die fremden Worte συνάλλαγμα und ἀποτέλεσμα neue schöpferische Ideen aus und führen uns auf einen interessanten Zusammenhang des Neuen hin, welches hier geschaffen ward. Offenbar war es auch Labeo, der den Blick auf die Sonderstellung des kaufmännischen Berufs lenkte, z. B. betreffs des Argentarienwesens, des *constitutum debiti alieni*, des für den Geschäftsverkehr wichtigen Schiedsgerichts[9], der *negotiatores servi*[10], der *venditio hereditatis* (*per argentarium*)[11], des Institor eines Provinzialen[12]. Labeo bringt den Amtskarakter der Tutel zur Geltung[13]; bis auf ihn läßt sich die Quästionenliteratur zurückverfolgen[14]; auf die Theorie der *aquae pluviae arcendae actio* war er von maßgebendem Einfluß[15]; in ihm keimten wohl die zwei Dogmen

---

1) *fr.* 17. §. 2. *commod.* (13, 6). — 2) *fr.* 58. 60. *locati* (19, 2).
3) Vergl. auch *fr.* 6. § 3. *de edendo* (2, 13). — 4) in *fr.* 5. *de V. S.*
5) *fr.* 51. § 1. *locati* (19, 2). — 6) *fr.* 80. § 1. *ad leg. Falc.* (35, 2).
7) Vergl. jetzt hierzu Pernice Labeo I. S. 27.
8) s. *fr.* 38. 53. § 2; *fr.* 60. § 1. *de V. S.* — 9) s. Cursus § 671. 803. 707.
10) *fr.* 65. *de legat. III.* — 11) *fr.* 18. *de her. pet.* (5, 3).
12) *fr.* 19. § 3. *de judic.* (5, 1); dazu Pernice *l. c.* S. 58.
13) *fr.* 33. *de test. tut.* (26, 2); dazu Pernice *l. c.* S. 21. und Schmidt R. d. Notherb. S. 46.
14) s. Mommsen i. d. Zeitschr. f. Rechtsg. IX. S. 95.
15) *fr.* 1. 2. 10. *aquae pl.* (39, 3).

von der *hereditas jacens* und der Retrotractivkraft des Erbantritts[1], und wenn er zuerst die Verantwortlichkeit des *venditor* betonte[2], so mag das mit seiner Beachtung des kaufmännischen Berufs und mit seiner neuen Theorie von den Innominatcontracten im Zusammenhang stehen[3].

B. Eine ähnliche, aber großartigere Compression von Momenten, welche für den oberflächlichen Blick getrennt liegen und äußerlich auseinanderfallen, zeigt sich in drei Instituten von eminenter Bedeutung: ich meine die *dos*, das *peculium* (theils *profecticium*, theils *castrense*) und die *hereditas jacens*. Hier kam es darauf an, wirthschaftlich verschlungenen, künstlich combinirten, theils latenten, theils gemeinsamen Interessen einen angemessenen juristischen Ausdruck zu geben.

Die Schwierigkeit der constructiven Aufgabe bestand hier zunächst darin, daß mehrere Personen: Vater, Tochter und Ehemann, oder Vater und Sohn, oder Erblasser und Erbfolger, sich um die betreffende Masse gruppiren. Paulus sagt, die Ehe sei eine *vitae societas*, welche die Ehefrau gewissermaaßen zur Herrin des Hauses mache[4], und doch stand die Frau als selbständige Persönlichkeit neben dem Gatten; Julian sagt, die *res castrenses* und *ceterae „quasi duorum hominum duas hereditates intelligi“*[5]; Javolen sagt: *„heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur“*[6], und doch bemerkt Tryphonin: *„occurrit, non posse dominium apud duos pro solido esse“*[7]. Im Leben flossen *dos* und *peculium* mehrfach ineinander[8]. Sodann zeigte sich, daß innerhalb des Vermögenskreises allerhand Veränderungen vorgehen könnten, deren Complication die Einheit der Rechtsidee nicht beeinträchtigen durfte. Paulus bemerkt: *„accessione ususfructus incrementum videtur dotis, non alia dos, quemadmodum si quid alluvione accessisset“*[9]; Pomponius und Tryphonin sprechen von *accessio et decessio* und *incrementum peculii*[10], und Papirius Fronto vergleicht deßwegen das Peculium mit einem Menschen[11]; Ulpian behandelt die *accessio et decessio, augmentum et diminutio hereditatis*[12]. Wie also war die Stellung der um diese Erscheinungen gruppirten Personen zu ordnen und zu formuliren[13]? Betrachten wir zunächst die *dos*.

1. Die *dos* war ein wichtiges Entwickelungsmoment in der Consensualehe[14]; am Dotalinstrument erkannte man die ächte und die ebenbürtige Ehe. Die *dos* war ein Zuschuß zur Ehe und galt insofern beiden Gatten. Ursprünglich nun mag man nicht an einen Rückfall der *dos* gedacht haben: der Satz, daß dieselbe dem Manne verbleibe, knüpfte die Consensualehe gewissermaßen an die alte Manusehe an, die alles Frauengut dem Gatten gab. Wir müssen annehmen, daß in der praktischen Gestaltung des Dotalrechts sich ein allmählicher Uebergang von der Manusehe zur Consensualehe vollzog. Ist nun, wie

1) s. Scheurl Beiträge z. Bearb. d. R. R. I. S. 57.

2) *fr.* 21. *de contr. e.* (18, 1); *fr.* 39. *de pact.* (2, 14); zufolge dieser Auffassung bezeichnet Paulus in *fr.* 43. *eod.* den *venditor* schlechthin als *debitor*,

3) *fr.* 34. *pr.*; *fr.* 50. 77. 79. *eod.* Dazu Dernburg Compensation (*ed.* 2) S. 65—67.

4) *fr.* 1. *de act. rer. am.* (25, 2). — 5) *fr.* 17. § 1. *de test. mil.* (19, 1).

6) *fr.* 22. *de usurp.* (41, 3). — 7) *fr.* 19. § 3. *de castr. pec.* (49, 17).

8) s. z. B. *fr.* 65. § 1. *de rei vind.* (6, 1); *fr.* 16. *de relig.* (11, 7); *fr.* 9. *de jure dot.* (23, 3); *fragm. Vat.* § 112. — 9) *fr.* 4. *de jure dot.* 23, 3.

10) *fr.* 3. *quando de pecul.* (15, 2); *fr.* 57. *de pecul.* (15, 1).

11) *fr.* 40. *eod.* — 12) *fr.* 178. *de V. S.*; *fr.* 20. § 3. *de her. pet.* (5, 3).

13) Ich bin der Ansicht, dass im Hintergrunde dieser ganzen theoretischen Bewegung, welche das Gebiet der Vermögensmassen ergriff, eine allgemeine sociale Idee ruht. Auf einer gewissen typischen Wirthschaftsstufe gewinnen Vermögensmassen einen eigenthümlichen Werth im Verkehr, und das Recht muss diesen Werth juristisch gestalten. Wir befinden uns heutzutage wieder auf analoger Wirthschaftsstufe, wie ich mir in einer besonderen Schrift darzulegen vorbehalte, welche ich in baldige Aussicht stellen kann. — 14) s. Cursus § 206. 779.

neuerdings glaubhaft gemacht ist, der Satz „*dotis causa perpetua est*“ für die ältere Zeit Grundsatz gewesen, so finden wir in ihm die vermuthete Brücke: wie bei der Manusehe der Ehemann alles Vermögen der Braut *per universitatem* erhielt und behielt, so bei der Consensualehe das *dotis causa* Eingebrachte[1]. Der Gatte ward Eigenthümer auch des *fundus dotalis,* und es war von vorn herein selbstverständlich, daß Eigenthum definitives Eigenthum war; der künstliche Gedanke eines entziehbaren und rückfälligen Eigenthums konnte nicht sofort fertig entstehen. Zuerst trat die Entziehung in der Gestalt einer *actio* und *obligatio* auf; in der *lex Julia de fundo dotali* tauchte wahrscheinlich zuerst die Idee eines der Frau verbleibenden Rechtes auf, indem ihr rücksichtlich des Grundstücksverkaufs ein Veto eingeräumt wurde[2]; immer mehr Cautelarbefugnisse wurden dann der Ehefrau gesichert, und endlich mußte die Frage entstehen, ob denn diese der *dos* gegenüber während der Ehe noch als Fremde gelten könne. Der Gatte mußte die Verfügung in der Hauptsache doch behalten, aber auch der Gattin, schien es, sollte das Eigenthum nicht völlig entzogen seyn, und durch solches Anrecht der letzteren galt des Gatten Eigenthum als beschränkt. Aber wie war diese Beschränkung zu denken? Das war eine zunächst durch Rücksichten der *utilitas* zu lösende Frage.

Offenbar lag hier eine für römische Juristen überaus schwierige Frage vor. Den socialen Verschränkungen und organischen Verbindungen Einzelner waren von jeher die Römer abhold; hre corporative Neigung beschränkte sich auf das Gebiet des *jus publicum,* und die Rechtsfrage der ehelichen Gütergemeinschaft ist zu allen Zeiten eine der schwierigsten. Auch war das ganze Institut der *dos* ein raffinirtes Erzeugniß des mit dem Familiensinn kämpfenden Egoismus. Wir dürfen uns daher nicht wundern, wenn wir hier die römischen Juristen im Grenzgebiet ihrer Meisterschaft anlangen sehen.

Daß der Ehemann wirklicher Eigenthümer sei, ist in zahlreichen Stellen direct und in Folgerungen anerkannt, so von Ulpian[3] und Paulus[4]. Anderseits bezeichnet Ulpian[5] die *dos* mit Rücksicht auf den Ehemann als ein *quasi alienum* oder geradezu als *alienum,* und es wird auch sonst in mannichfachen Wendungen das rechtlich geschützte Interesse der Ehefrau an der *dos* anerkannt und von den um deßwillen gewährten Sicherheitsmaßregeln gehandelt; Tryphonin spricht der Ehefrau mit Hinblick auf die *emolumenti potestas,* die ihr zustehe, auch die Evictionsklage zu[6]. Mann und Frau also vereinigen sich im Recht der Mitgift; Macer hebt[7] hervor, daß mit Rücksicht auf einen *fundus dotalis* beide als *possessores* gelten und daher im Proceß cautionsfrei sind, und Ulpian gewährt aus der Person der Gattin dem Gatten die *accessio temporis* zur Ersitzung[8]. Der Unterschied der Stellung aber konnte etwa so gedacht werden, daß der Ehefrau Eigenthum ein schlummerndes oder latentes, das des Ehemannes ein waches und wirksames, doch aber beschränktes sei: ein Verhältniß, welches in gewisser Hinsicht an den Dualismus des quiritarischen und bonitarischen Eigenthums erinnert, nur daß dieser Dualismus von anderen Verkehrsmotiven aus sich entwickelt und einen mehr formalen,

1) s. Cursus § 780. — 2) *Gai.* 2, 63.
3) in *fr.* 7. § 3. *de jure dot.* (23, 3) und *fr.* 13. § 2. *de fundo dot.* (23, 5).
4) in *fr.* 14. § 1. *eod.* und *fr.* 21. § 4. *ad munic.* (50, 1).
5) in *fr.* 7. § 12. *sol. matr.* (24, 3) und *fr.* 24. § 5. *eod.*
6) *fr.* 75. *de jure dot.* (23, 3). — 7) in *fr.* 15. § 3. *qui satisdare* (2, 8).
8) *fr.* 7. § 3. *de jure dot.* (23, 3).

als sachlichen Karakter hatte. Unverkennbar entspricht die von Tryphonin gewählte Wendung: *dos mulieris* und *in bonis mariti est*[1] jenem älteren juristischen Dualismus in schlagender Weise. Noch African sagte von der Gattin: *in bonis ejus est*[2]; aber dann bei Koryphäen ist, wie es scheint, die von Tryphonin aufgestellte Formel angenommen: so bei Ulpian[3] und bei Paulus[4]. Wir können dieses *in bonis mariti est* als die classische Formulirung des Dotalverhältnisses betrachten und daneben die Paulinische Umschreibung[5] stellen: *propter uxorem pertinet dos ad maritum*[6].

2. *Peculium.* Wenn die Tochter von den Eltern ein Hochzeitsgut erhielt, so war dies für sie ein Voraus, wie wenn ein Sohn mit einem *peculium* ausgestattet wurde. Jene und diese Ausstattung aber konnte in doppelter Weise vorkommen: entweder so, daß der Geber sich die eigentliche Gewalt vorbehielt, oder so, daß die Gabe eine Veräußerung war; ersternfalls ward das Hingegebene einfaches *peculium* (*profecticium*), letzternfalls kam es als *dos* in die *bona mariti* oder als *bona castrensia* in das freie Vermögen des Sohnes. So berührte sich die *dos* mit dem *peculium*[7], und kann das *peculium militare* ein Analogon der eigentlichen *dos* genannt werden. Das einfache *peculium* an Tochter oder Sohn war für persönliche Zwecke bestimmt und diente dem individuellen Belieben, die eigentliche *dos* und das castrensische Gut war Ausstattung für den socialen Lebensberuf: *matrimonii onera*[8], *duritia militiae*[9]. Seit Hadrian kam es sogar auf, die *dos* im Todesfall der Frau an den Wittwer, der noch *filiusfamilias*, aber *miles* ist, als Erbschaft gelangen zu lassen und zum *peculium castrense* desselben zu rechnen[10], und von Pomponius hören wir, wie es vorkam, daß Töchter von ihrem *peculium* (*prof.*) *dotes* bestellten, und wiefern die verschiedene Art von *peculium* und *dos* juristisch vereinbar sei[11].

Das Wort „*peculium*" war offenbar ein sehr beliebter und weit verbreiteter Volksausdruck[12]. Der strenge Jurist zwar sagte: (*paterfamilias*) *liber peculium non potest habere, quemadmodum nec servus bona*[13]; aber Celsus erzählt aus des Proculus Munde: *audisse eum, rusticos senes ita dicentes: pecuniam sine peculio* (Reservefond!) *fragilem esse, peculium appellantes, quod praesidii causa seponeretur*[14]. Ulpian berichtet von einer Sitte in gallischen Gegenden: *Si res dentur in ea, quae Graeci* παραφέρνα *dicunt, quaeque Galli peculium appellant, videamus, an statim efficiantur mariti*[15]; anderwärts sagt Ulpian: *et si „peculium meum" testator dixerit, quia plerique* ὑποκριστικῶς (*diminutive*) *patrimonium suum peculium dicunt, cogendus erit restituere*[16]; Papinian erwähnt gleichfalls das eheweibliche Nebengut: *species extra dotem a matre filiae nomine viro traditae . . . peculium a dote puellae distinguitur*[17]. So kann Ulpian gewissermaßen alle Anwendungen zusammenfassend sagen: *Peculium dictum est quasi pusilla pecunia s. patrimonium pusillum*[18].

---

1) *fr.* 75. *de jure dot.* (23, 3). — 2) *fr.* 4. *de coll. bonor.* (37, 6).
3) in *fr.* 7. § 3. *de jure dot.* (23, 3). — 4) in *fr.* 21. § 4. *ad munic.* (50, 1).
5) in *fr.* 14. § 1. *de fund. dot.* (23, 5).
6) Vergl. dazu noch Bechmann Röm. Dotalrecht S. 464—8 u. Czyhlarz d. röm. Dotalr. § 54. 55.
7) Vergl. auch *fr.* 3. § 4. 5. *de minor.* (4, 4). — 8) *fr.* 16. *pr. de castr. pec.* (49, 17).
9) *fr.* 1. § 1. *de test. mil.* (29, 1). — 10) *fr.* 16. *de castr. pec.* (49, 17).
11) *fr.* 24. *de jure dot.* (23, 3).
12) Auch der Ausdruck *dos* kommt in populärem Sinne vor, z. B. in der Anwendung: *fundi, ut instructi sunt, cum dotibus (et reliquis colonorum et villicorum)*: *fr.* 20. § 1. 3. *de instr. leg.* (33, 7). *Dotes praediorum, quas graeco vocabulo* ἐνθῆκαι *appellantur: Pap. fr.* 2. *eod.*
13) *Ulp. fr.* 182. *de V. S.* — 14) *fr.* 79. § 1. *de legat. III.*
15) *fr.* 9. § 3. *de jure dot.* (23, 3). — 16) *fr.* 16. *pr. ad. leg. Falc.* (36, 1).
17) *fr.* 31. § 1. *de donat.* (39, 5).
18) *fr.* 5. § 3. *de pecul.* (15, 1). Vergl. Mandry Familiengüterrecht II. S. 22 ff.

Das Peculium ist sonach eine der bezeichnendsten Figuren des röm. Rechts. An ihm arbeitete sich die civilistische Persönlichkeit des *filiusfamilias*, so gut wie die des *servus*, aus ihrer ursprünglich völligen Gebundenheit zu relativer Geltung empor. Anfangs mochte das Peculium nur als ein Aggregat von bestimmten, durch ausdrückliche und specielle Separation bezeichneten Sachen angesehen werden; dann fingen Forderungen und Schulden an, dabei eine Rolle zu spielen, und mit deren Hinzuschlagung war die Idee eines peculiaren Vermögenskreises gesetzt, welcher sich wie eine (relativ selbständige) Provinz im Reiche des Privatwillens aufthat und ein eigenes untergeordnetes Centrum zur inneren Voraussetzung hatte. Man gelangte zu den Sätzen, daß auf Grund des Peculium dem Vater ohne sein Wissen *possessio* erworben werden konnte, daß es keines positiven Concessionsactes mehr zur Begründung der Peculiareigenschaft der Sachen bedurfte, daß Supplirung des Peculium zulässig war, daß nicht-zurückgezogenes Peculium durch Emancipation des Kindes *ipso jure patrimonium* desselben werde, daß der Sohn[1] im Zweifelsfalle die *libera peculii administratio* haben sollte, und es war an diesem letzten Punkte, wo der dem *jus naturale* entsprechende Gedanke, daß Söhne am Hausvermögen kraft ihrer Familienstellung Antheil haben[2], zum Durchbruch kam. An Einem Punkte erhielt das Recht des Hauskindes sogar gesetzlichen Ausdruck[3].

Es ist nicht zu verkennen, daß die treibende Lebenskraft in alledem die Idee des Peculium als eines dem *patrimonium* nachgebildeten Vermögenskreises[4] und einer eigenen Persönlichkeit des *filiusfamilias* und *servus* war. Im Peculium arbeitete sich die gebundene und niedergehaltene Persönlichkeit zur Helligkeit des Rechtsbewußtseyns heraus, und die *obligationes naturales* zwischen Gewalthaber und Gewaltuntergebenen verkündigten, daß hier ein *jus naturale* im Hintergrunde sei, mit welchem gerechnet werden müsse. Diese Rechnung ward mit Consequenz fortgesetzt: die Idee eines Unterpeculium der *servi vicarii* entwickelte sich, also eine abbildliche *potestas* des *servus ordinarius*[5]; man nahm an, daß der Vater auch schon vor Aussetzung eines Peculiargutes belangt werden konnte, indem nur die nachherige Execution durch ein solches bedingt seyn sollte[6], daß der Vater Gläubiger des Sohnes, unabhängig von dem Vorhandenseyn eines Peculiargutes, werden, daß ein Forderungsrecht Dritter am Peculium, auch wenn kein Connex mit demselben stattfand, und selbst wenn gegen des Vaters Willen contrahirt war, entstehen, endlich daß ein *futurum peculium* gültig legirt werden konnte[7]. Hiermit war die Unterscheidung der Peculiarsphäre (*peculium, peculii nomen*) von dem Peculiargut (*id, quod in peculio est*) entschieden[8].

Ein weiterer Schritt geschah aber durch Ausbildung des Handelspeculium, in welchem die Persönlichkeit des Untergebenen noch weit bestimmter abgegrenzt und verselbständigt erschien, und der Gewalthaber „*velut extraneus*" war. Die Ausbildung dieses Instituts scheint hauptsächlich Labeo's Verdienst gewesen zu seyn[9], und wir haben anzunehmen, daß überhaupt diese Ausbildung vorzugsweise in die Kaiserzeit fällt. Aus *fr. 1. 3. 5.*

---

1) Sklave: *fr.* 7. § 1. *i. f. de pecul.* (15, 1). — 2) *Paul.* in *fr.* 11. *de lib. inst.* (28, 2).

3) *aliquo casu ad filium peculium spectat; utputa si patris ejus bona a fisco propter debitum occupata sunt, nam peculium ei ex constitutione Claudii separatur: Ulp. fr.* 3. § 4. *de minor.* (4, 4).

4) Vergl. *Florent.* in *fr.* 39. *de pecul.* (15, 1).

5) *Proculus* und *Atilicinus* in *fr.* 27. *de pecul.* (15, 1).

6) *fr.* 30. *eod.*; s. jedoch Mandry II. S. 17. — 7) *fr.* 11. *de pecul. leg.* (33, 8).

8) Mandry *l. c.* S. 19. 31 ff.

9) s. z. B. *fr.* 5. § 7. 13; *fr.* 7. § 4; *fr.* 9. § 2. *de trib. act.* (14, 4); *fr.* 65. *pr. de legat. III.*

*de legat. III.* ersehen wir, daß das Handelspeculium vorwiegend für Sklaven gebräuchlich war, gewissermaaßen ein Seitenstück dazu war das Militärpeculium der Haussöhne. Wie jenes durch Labeo, so ward dieses durch Augustus geschaffen; auch das letztere kann als eine Fortbildung der Grundidee des *peculium* geachtet werden. An dem Militärpeculium arbeitete sich der Gedanke der Selbständigkeit gleichfalls nur allmählich durch; das Militärpeculium war immer ein Peculium, d. h. die Obergewalt des Gewalthabers anerkannt, wenn auch dem *filiusfamilias miles* ein *jus testandi* eingeräumt war; Augustus sah es noch durchaus als ein *peculium* an; dann erst ward dem Sohne das Freilassungs- und sonstige Dispositionsrecht zugestanden; endlich aber galt dieser schlechthin als *loco patrisfamilias*, und nur, wofern er von seinem Rechte *inter vivos* oder *mortis causa* keinen Gebrauch gemacht hatte, erwachte das Peculiarrecht des wirklichen *paterfamilias*. So war, ähnlich wie bei der *dos* zwischen Gatten und Gattin, hier zwischen Sohn und Vater ein gewisses Gleichgewicht der Rechte hergestellt, das Recht des Einen wirksam, aber temperirt, das Recht des Andern schlummernd, aber geschützt.

3. *Hereditas.* Aus der schon angeführten Stelle des Papinian[1] sehen wir, wie *dos, peculium* (*castrense*) und *hereditas* in casuistischer Gemeinsamkeit auftreten konnten; ihr Zusammenhang ist aber auch eine innere Verwandtschaft. In der *dos* klang die alte Universalsuccession der Manusehe nach; bei dem *peculium* handelte es sich um Schöpfung einer zweiten Vermögenssphäre, die gleichfalls in die Lage eines successionsähnlichen Rückfalls kommen konnte; in der *hereditas* endlich gelangte die geistreiche und kühne Idee der Universalsuccession zu vollendeter Ausbildung, und durch den engen Lauf dieser Idee ward nun die ganze Fülle der erbrechtlichen Situationen hindurch getrieben. Alles kam hier auf den Gedanken hinaus, daß ein persönliches Vermögensganzes als solches überging in die Vermögenssphäre einer anderen Person, um hier nun gewissermaaßen eine Provinz zu bilden und allmählich mit dem eignen Vermögen zu verschwimmen. Weniger schwierig war die Vermittelung dieser Metamorphose bei hausunterthänigen Erben, indem diese schon bei Lebzeiten *jure naturali* am Familienvermögen theilnahmen, und ihr nun erworbenes Vollrecht nur ein Erwachen schon zuständigen, bis dahin aber schlummernden Rechtes schien. Schwieriger mochte es scheinen, die civilistische Continuität der Generationen zu retten, wo die Succession auf dem reinen Privatbelieben des Testators stand.

Da den Römern die Einheit der Familiengenossenschaft in der Person des Familienhauptes aufging, so mußte, um jenen erbfolgemäßigen Zusammenhang zu gewinnen, ein besonderer Weg eingeschlagen werden; wir erkennen ihn am deutlichsten in dem wichtigen Dogma von der *hereditas jacens.* Galt die Person des Erblassers mit dem Tode als wirklich und völlig vernichtet, so mußte eigentlich der Nachlaß auf seine körperlichen Elemente einschrumpfen und bez. in sie zerfallen. Allein das entsprach einmal nicht dem Nationalsinn, dessen Energie dem Willen des *paterfamilias* die Macht eines schöpferischen Fortwaltens zusprach, und auch das praktische Bedürfniß forderte den Gedanken der civilistischen Unsterblichkeit des Römers, d. h. das Fortwirken seiner Person im hinterlassenen Vermögen, welches durch diese Macht zusammengehalten und dirigirt wurde.

---

1) *fr.* 16. *de castr. pec.* (49, 17).

Das juristische Nachdenken konnte schwanken zwischen dem abgeschiedenen Erblasser und dem künftigen Erbfolger: wer sollte als Träger der *bona defuncti* inmittels gelten, und wessen Persönlichkeit die *hereditas jacens* beleben, so daß Nachlaßsklaven *ex persona domini* contrahiren könnten? Auch die röm. Jurisprudenz scheint lange geschwankt zu haben. Zu Labeo's Zeit war hier noch ein Chaos, die *hereditas jacens* galt wie *res nullius*, Labeo sagte, „*eo tempore nemo dominus est*“[1]; aber man nannte auch die *hereditas* selbst *domina*. Dies war die positive Wendung jenes ersten Gedankens, aber sie war noch ohne reale und civilistische Bestimmtheit, denn wenn die Erbmasse als Rechtsganzes gelten sollte, mußte dieses doch auf eine bestimmte Persönlichkeit bezogen, fundirt werden. Die Einen blickten nun nach dem künftigen Erbfolger aus, während die Anderen sich nach dem *defunctus* umschauten, und dieser letztere Rückhalt mußte als der bessere erscheinen, da er der civilistische Reflex jener nationalen und idealen Anschauung vom geistigen Fortleben und Fortwalten des Ahnen, des *paterfamilias*, des *testator* war[2]. Javolen schwankt noch[3], und natürlich hat auch Gaius einen principlosen Standpunkt[4], obwohl er von Julian hätte lernen können. Daß der Nachlaß nicht *res nullius*, das Subjekt aber auch nicht eine abstracte Potenz sei, daß ferner als das Subjekt nicht der künftige (noch ungewisse) Erbfolger, sondern der dem Irdischen entrückte und doch noch im Nachlaß fortlebende und ihn beseelende *defunctus herus* zu gelten habe: dies ward zuletzt allgemeine Theorie, und nach Ulpian's Angabe hat Julian das Verdienst dieser dogmatischen Schöpfung[5]. Florentinus adoptirt das Dogma[6] und Ulpian fußt vollständig in dem Satze Julian's, denn er sagt: *hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis juris civilis comprobatum est*[7]. Damit ist die umhergetriebene *hereditas jacens* endlich zu ihrer Ruhe in der Dogmatik gekommen, und die Doctrin im Einklang mit der Volksanschauung, denn dieser zufolge erwirbt und behält der Erbfolger, (eben nur) als Repräsentant des Erblassers, dessen Persönlichkeit er in sich aufzunehmen und fortzusetzen Beruf und Ehre habe, die Erbschaft. —

Es geht durch die Entwickelung der aufgeführten drei Rechtsinstitute (*dos, peculium, hereditas*) ein bestimmter Faden: die Idee der Spannung; es ist der besondere Typus eines civilistischen Schlummer- oder Pendenzzustandes, wie er in dem *jus postliminii* und dann in der Litispendenz so markirt zum Ausdruck gelangt ist. Die *lis pendens* ist die dogmatische und historische Schwesterfigur der *hereditas jacens*. Diese Idee der Pendenz erscheint am schwächsten in der *dotis causa*, am vollkommensten entwickelt in der *hereditas jacens;* sie kann in zwiefacher Richtung gehen, welche der Idee der Suspensiv- und Resolutivbedingung entspricht. Bei dem *peculium*, wie bei der *hereditas*, lassen sich beide Richtungen wohl unterscheiden. — Ich habe oben das Dotalrecht der Ehefrau ein schlummerndes Recht genannt: dem entspricht

---

1) *fr.* 1. *pr. de rer. div*, (1, 8); *fr.* 3. *pr.* § 1. *de pecul.* (15, 1); *fr.* 13. § 5. *quod vi* (43, 24); *fr.* 1. § 1. *si is qui test.* (47, 4). Doch ist schon Labeo hierbei keineswegs stehen geblieben, so dass er auch hier bahnbrechend gewesen zu seyn scheint: dies beweisen *fr.* 18. *pr. de her. pet.* (5, 3), wonach schon Labeo den Kaufpreis zur Erbschaft rechnete — s. Francke Commentar üb. d. Pand.-Titel *de her. pet.* (1864) S. 151. 201 — und *fr.* 3. § 1. *de B. P.* (37, 1), wonach Labeo die Universitasnatur der *hereditas* präcisirte — vergl. Kuntze üb. d. Erbeins. a. best. Nachlassstücke (1875) I. S. 12. Vergl. auch *fr.* 64. *de her. inst.* (28, 5) und dazu *fr.* 31. § 1. *eod.* — 2) *fr.* 195. § 2. 4; *fr.* 220. § 3. *de V. S.*

3) *Heres et hereditas unius personae vice funguntur: fr.* 22. *de usurp.* (41, 3).

4) *Creditum est, hereditatem dominam esse, defuncti locum obtinere: fr.* 31. § 1. *de her. inst.* (28, 5).

5) *fr.* 33. § 2. *de acq. dom.* (41, 1). — 6) *fr.* 116. § 3. *de legat. I.*

7) *fr.* 34. *de rer. dom.* (41, 1).

die von Julian[1] behandelte Frage, wie eine durch *confusio* verlorne Prädialservitut der Frau wieder verschafft werde, wenn die *dos* zu restituiren ist: *officio de dote judicantis continebitur, ut redintegrata servitute jubeat fundum reddi;* man kann auch sagen, der Gewalthaber, welcher seiner Tochter eine *dos* aussetzte, habe eine Anwartschaft auf Rückfall der *dos* bei Ehetrennung gehabt, in ähnlicher Weise, wie ein *paterfamilias* eine Anwartschaft hatte auf Rückfall des Militärpeculium, wofern der *filiusfamilias miles intestatus* verstarb. Schon im ausgebildeten *profecticium peculium* mit *libera administratio* lag die Idee einer Spannung, insofern im Falle der Emancipation und Confiscation das nicht zurückgezogene Peculium Eigen des Sohnes ward; es war dieser Fall eine Analogie des Erbschaftserwerbs seiten eines *voluntarius heres*, d. h. es cessirte oder schwebte gewissermaaßen das Recht des Erben, indem dieser erst erwarb, wenn er sich durch einen Rechtsakt dafür entschied: der Vergleich mit dem Rechtsbegriff der Suspensivbedingung lag nicht fern. Auch das Militärpeculium erinnerte an die Bedingung, aber an die Resolutivbedingung, denn das castrensische ward Eigengut, resolutiv bedingt durch Nichtgebrauch des Testirrechts des Sohnes; derselbe Tryphonin, welcher die Formel des Dotalrechts feststellte, scheint auch diese Idee des Militärpeculium formulirt zu haben, indem er die *similitudo postliminii cujusdam*[2] herbeizog[3]. Aehnlich erscheint die Erbfolge des *suus heres* als eine durch das *beneficium abstinendi* gewissermaaßen resolutiv bedingte. — Aus Gaius' Institutionen erkennen wir, wie gerade unter den Proculianern und Sabinianern solche Quiescenzverhältnisse in Frage und Streit waren[4]; möglich daher, daß auch die obigen Anschauungen Resultate des die Dogmen vertiefenden Schulenstreites waren.

C. Man hat es als die höchste That der classischen Jurisprudenz gepriesen, daß sie die Freiheit des *jus gentium* in das System des röm. Rechts hineingearbeitet hat. Mir scheint aber, daß die röm. Jurisprudenz noch höher gestiegen ist. Sie hat die tiefsten Wurzeln des Rechts aufgegraben und gleichsam in das Paradies des Rechtslebens zurückgegriffen. So ist es ihr gelungen, für eine Anzahl der feinsten und edelsten Rechtsbezüge civilistische Fundamente zu schaffen, das Recht dem wahren Ideal beträchtlich anzunähern und die Welt des Rechts mit den werthvollsten Ideen zu bereichern. Es gehörte aller Adel und Schwung, dessen das Heidenthum überhaupt fähig war, dazu, um dem Sklaven eine, wenn auch gebundene, Persönlichkeit zuzuschreiben[5]; so weit in dieser Richtung vorgegangen werden konnte, ohne das System des nationalen Rechts über den Haufen zu werfen, sind hier die Koryphäen gegangen. Es scheint, daß Ulpian die letzten denkbaren Consequenzen zog, und es ist klar, daß über ihn hinaus nur noch ein Fortschritt mit den Mitteln und in den Bahnen des Christenthums möglich war. Vielleicht dürfte das Colonat als eine solche fortsetzende Arbeit des Christenthums verstanden werden, und dieses eigenthümliche Institut nicht lediglich von politischen und wirthschaftlichen Gesichtspunkten aus zu begreifen seyn. —

---

1) in *fr.* 7. § 1. *de fundo dot.* (23, 5). — 2) *cf.* Cursus § 370. 458.

3) *fr.* 19. § 3. *de castr. pec.* (49, 17). Tryphonin, von welchem die umfangreichste Ausführung über das *jus postliminii* herrührt (*fr.* 12. *de captiv.* 49, 15), scheint danach der Vollender dieser Theorie zu seyn. Vergl. auch *fr.* 50. *i. f. de jure fisci* (49, 14).

4) *Gai.* 2, 195. 200; 4, 78.

5) *Seneca de benef.* 3, 20: *Errat, si quis existimat, servitutem in totum hominem descendere. Pars melior ejus excepta est, corpora obnoxia sunt et adscripta dominis, mens quidem sui juris, quae adeo libera et vaga est, ut ne ab hoc quidem carcere, cui inclusa est, teneri queat, quominus impetu suo utatur.* Vergl. Ahrens Naturrecht (*ed.* 6) Bd. I (1870) § 8. a. E.

Ich habe oben schon gewagt, unsere rechtsgeschichtliche Frage durch eine kunstgeschichtliche Analogie aus dem Hellenenthum zu illustriren, und möchte hier nochmals darauf zurückkommen. Helbig[1] sagt u. A.: „In der jüngeren attischen Bildhauerschule begegnen wir einer Richtung, die niedrigeren halbthierischen Gestalten der Mythologie zu vermenschlichen und in das Reich der Schönheit zu erheben: eine Richtung, die in der Satyrbildung des Praxiteles ihre herrlichste Blüte entfaltete. Auch hiefür finden wir ein Uebergangsglied in der Kentaurenfamilie des Zeuxis, wo die Kentauren, bisher im Allgemeinen als rohe sinnliche Geschöpfe aufgefaßt, zu menschlichen Empfindungen erhoben erscheinen". Die Kentauren nahmen die gleiche Stelle im System der hellenischen Kunstwelt ein, wie die Sklaven im socialpolitischen Verkehrssystem der Römer. Auch diese erhoben allmählich die Sklavenwelt in eine höhere wirthschaftliche Region, und indem sie die Idee der (*domini*) *potestas* ausbildeten[2], gelangten sie zu Sätzen, in deren letzter Consequenz jener schließliche Grundsatz lag, daß *jure naturali* Sklaven frei und alle Menschen gleich seien[3]. Nicht die Thierwelt, aber eine Menschenclasse, welche ehedem *de jure* den Thieren fast gleich stand — dies der eigentliche Sinn der merkwürdigen Definition des *jus naturale* — ward so gleichsam vermenschlicht, und eine der schönsten Blüten der untergehenden heidnischen Civilisation zur Frucht gebracht. Diese commercielle Emancipation des Sklaventhums war aber nur der Gipfel eines ganzen Systems bedeutungsvoller Dogmen.

Die classische Jurisprudenz, wie sie die *obligationes civiles* verfeinerte und erweiterte und die *honorariae* aus den im Edict formulirten Klagen entwickelte, gestaltete und umrahmte auch gewisse *aequitatis vincula* dermaaßen, daß sie das Gepräge von *obligationes* erhielten; das waren die *naturales obligationes*, d. h. solche, denen, gleichwie den Sklaven, die *persona standi in judicio* mangelte, oder Obligationen, die gleich den Sklaven untergeordnet, gefangen und unselbständig waren. Es war das eine Gedankenarbeit von der größten Schwierigkeit und Wichtigkeit, und schwer ist zu sagen, von wo sie anhob. Vielleicht war der Punkt, wo eingesetzt ward, der naturale Zahlakt und das Bedürfniß, im Civilproceß die Obligation durch den Kampf und Verzehrungsakt der Litiscontestation hindurch zu retten. Eine Naturalobligation war eine Obligation, welche Zahlung zuließ, aber außerhalb des *limen judicii* blieb: so ward sie nicht angetastet durch den Civilakt der Litiscontestation[4] und blieb auf Naturalakte angewiesen. Ein anderer Punkt des Ansatzes war vielleicht die prätorische *in factum actio* wegen doloser Verkürzung der *hereditas* durch Sklaven, welche dann frei werden, sowie die *actio injuriarum* gegen Freigelassene; hier sprach schon Labeo davon, daß *jure naturali* Sklaven verpflichtet würden[5]. Noch weiter geschichtlich zurück führt der Gedanke Tryphonin's, welcher die *condictio indebiti*, deren Ursprung in die letzte Zeit der Republik fällt, mit der *libertas naturali jure* in Verbindung bringt[6].

Pomponius unterschied, ob eine Obligation *naturaliter* oder *civiliter* resolvirt werde[7]; entsprechend wurden auch naturale und civile Begründungs-

1) in Fleckeisen's Neuen Jahrbb. f. Philol. u. Pädag. 1867. S. 649 ff.

2) Ulp. in *fr.* 1. § 5. *de pecul.* (15, 1).

3) Man hat als fehlerhaft bezeichnet, dass Gaius (1, 48. 52) von dem Sklaven bei dem *jus quod ad personas pertinet* handelt, allein das entsprach der liberalen und besonders hellenistischen Auffassung, wozu auch das *fragm. Dositheanum* verglichen werden kann.

4) Vergl. *mens inclusa* bei Seneca (s. d. vorhergeh. Seite, Anm. 5) und *actio inclusa* bei *Gai.* in *fr.* 139. *de R. J.* — 5) *fr.* 1. *si is qui test.* (47, 4); *fr.* 17. § 7. *de injur.* (47, 10).

6) *fr.* 64. *de cond. ind.* (12, 6). — 7) *fr.* 107. *de sol.* (46, 3).

arten (*datio, stipulatio*) unterschieden, und sonach hießen *naturales obligationes* solche, welche durch einen reellen Vorgang, durch eine Leistung von Vermögenswerth begründet wurden[1]. Von diesen ging Paulus[2] in seiner Schrift *ad Sabinum* aus: Sabinus mochte eben nur diese Bedeutung, welche durch die nicht lange vorher begründete Theorie der *condictiones sine causa*[3] vorbereitet war, hingestellt haben. Allein seitdem hatte die Jurisprudenz noch in einem anderen feineren Sinne von *naturales obligationes* zu sprechen angefangen, und der Umstand, daß Paulus dort mit den Worten Julian's[4] den Uebergang von den Naturalobligationen im alten äußerlichen oder materiellen Sinne zu den formalen Naturalobligationen macht, regt die Vermuthung an, daß durch Julian's Autorität der Begriff der *naturales obligationes* als klagloser oder unvollkommener durchgesetzt worden seyn möge[5]. Daß zu des Servius Sulpicius Zeit solche Naturalobligationen noch gänzlich außer der juristischen Denkmöglichkeit lagen[6], sehen wir aus einer Angabe des Namusa, welche uns von Javolen[7] aufbewahrt ist; wir sehen aber auch aus dieser Mittheilung, wonach ein Römer seinem freizulassenden Sklaven „*aureos, quos in tabulis debeo*" legirte, daß in der Volksanschauung schon damals Sklaven Schuldverhältnisse hatten, und daß die Jurisprudenz zuerst durch die Interpretation letzter Willen auf die Idee von Sklavenobligationen geführt werden mußte. Javolen, der Zeitgenosse und Lehrer Julian's, sprach seine Anerkennung dieser Naturalobligationen aus; er that dies in seinem Auszuge des von Labeo hinterlassenen Civilrechtssystems, woraus wir vielleicht schließen dürfen, daß Labeo, der Urheber der Specificationstheorie, der Erfinder der *locatio operis*, der Förderer des Handelspeculium und der Prophet so vieler wirthschaftlicher Neuerungen[8], auch das Verdienst hatte, den ersten Anstoß zur Entwickelung der Naturalobligationen zu geben[9]. Es würde dieses Verdienst gut stimmen zu jener Richtung der Proculianer, welche die Idee der Proceßobligation und Proceßconsumtion zur Geltung brachte; was die Sabinianer etwa zur Ausbildung der werthvollen Theorie der Naturalobligationen beitrugen, mag seinen Ausgangspunkt in jenen Naturalobligationen im alten Sinne gehabt haben. Julian würde somit, wie so oft, auch in dem Dogma der Naturalobligation das durch Labeo Begonnene zu einem gewissen Abschluß gebracht, Proculianer und Sabinianer vereinigt und die letzte Stufe, welche in Ulpian sich verwirklichte, vorbereitet haben.

Der praktische Werth dieser Naturalobligationen bestand für den Verkehr im Allgemeinen zunächst darin, daß sichernde Accessionen, z. B. Pfand oder Bürgschaft, hinzukommen konnten, in denen dann die an sich so gut wie leblose Obligation auf- und fortlebte, und wenn man sich zur Anerkennung der Compensabilität der Naturalobligationen erhob, so waren diese sogar den klagbaren um ein Bedeutendes praktisch angenähert, denn der Compensationsweg ist gewissermaaßen eine beschränkte Actio: es scheint aber, daß erst von Ulpian[10] das Wagniß dieser Anerkennung ausging[11]. So entstand eines der sinnreichsten Gebilde, welche das römische Rechtsbewußtseyn zu Tage förderte, und noch heute können wir den dort entwickelten Grundgedanken (in

---

1) In anderem Sinne spricht Gaius von *obligationes, quae naturalem praestationem habere intelliguntur* (*fr.* 8. *de cap. min.* 4, 5). — 2) *fr.* 10. *de O. et A.* (44, 7).
3) s. Kuntze Ueb. d. *mos Civitatis* i. d. Münchener krit. Ueberschau IX (1867) S. 524.
4) welche in *fr.* 16. § 4. *de fidej.* (46, 1) aufbewahrt sind. — 5) s. Kuntze ebend. S. 522.
6) Anders Mandry Familiengüterrecht I. S. 371. — 7) in *fr.* 40. § 3. *de condit.* (35, 1).
8) s. oben (Excurse) S. 361. — 9) vergl. oben S. 372. Anm. 5.
10) *fr.* 6. *de comp.* (16, 2): *ad Sabinum.*
11) Vergl. Schwanert d. Naturalobligat. S. 218. 239 und Dernburg Pfandrecht II. S. 576.

freier Weise) verwerthen für gewisse nur die *fortune de mer* ergreifende seerechtliche Obligationen[1].

Die Verkehrsstellung der Sklaven legte es besonders nahe, sie als Subjekte naturaler Obligationen anzuerkennen. Je häufiger Freilassungen vorkamen, um so mehr ward überhaupt der Blick auf die Eventualität künftiger Freilassung hingelenkt, und gerade Sklaven von wirthschaftlichem Unternehmungsgeist waren solcher Eventualität näher gerückt. Mit der Annahme naturaler Obligationen aber war auch die Idee einer naturalen Rechtspersönlichkeit gegeben. An verschiedenen Punkten tauchte die Frage auf, ob den Sklaven eine rechtliche Macht zuzugestehen sei, so in dem von Ulpian mit ökonomischen Folgerungen verbundenen Satze: *licet servis naturaliter in suum corpus saevire*[2]. Besonders wichtig war es, auf Grund der Peculienconcession zwischen Gewalthabern und ihren Sklaven oder Haussöhnen Naturalobligationen anzunehmen und so den gegenseitigen Abrechnungen eine klare und sichere Basis zu schaffen.

Den Sklaven und Haussöhnen standen die *capite minuti* und *pupilli* zur Seite: auch auf diese also ward jener ergibige Begriff angewendet; insonderheit gehörte die Frage, welche Wirkung das Contrahiren des Mündels ohne Vollwort seines Vormundes habe, zu den wichtigsten und, wie es scheint, zu denen, wo die Juristen am feinsten distinguirten und zuspitzten. Nicht in allen Fällen sollte da eine Naturalobligation entstehen, sondern (?) vornehmlich nur dann, wenn *re* contrahirt d. h. die Voraussetzung eben einer Naturalobligation in jenem Sabinianischen Sinne gegeben war[3], und die Naturalobligation sollte hier auch nicht sämmtliche Wirkungen haben, sondern gleichsam nur in einer anderen (Neben-) Person wirksam werden können[4]. Neben der Theorie der bedingten Novation[5] ist vielleicht kein Stück des röm. Obligationenrechts so fein und elegant, wie diese pupillarische Naturalobligation, und nur die *obligatio judicio inclusa,* d. h. die auf ihren Naturalbestand reducirte und gleichsam in die Proceßobligation geborgene Obligation, die selbst das (ungerecht freisprechende) Erkenntniß sollte überdauern können, wäre noch daneben anzuführen.

## III.

## Rechtsinstitute des *jus extraordinarium.*

Zu § 339] A. Unserer Doctrin ist es ergangen, wie der röm. Jurisprudenz: das Bewußtseyn einer neuen und besonderen Schicht von Rechtselementen[6], des *jus extraordinarium,* ist erst allmählich erwacht. Zur Hebung dieser Schicht haben bei den Römern der Kaiserzeit wissenschaftliche Arbeit und kaiserliche Satzung[7] zusammengewirkt, und beider Schaffen hat sich dabei gleichsam in besonderen Domänen offenbart, die Wissenschaft im *jus naturale,* der Kaiserwille im *jus militare:* wir könnten diese als Provinzen im Reiche des *jus extraordinarium* bezeichnen; jedenfalls besteht ein geistiger

1) s. Kuntze i. s. Ausg. d. Holzschuher'schen Theorie u. Casuistik d. gem. Civilrechts (*ed* 3. 1864) III. S. 48.
2) *fr.* 9. § 7. *de pecul.* (15, 1). — 3) s. Brinz, krit. Blätter, No. 3. S. 15. 47.
4) s. Schwanert, d. Naturalobl. S. 388.
5) s. z. B. Kniep Einfl. d. bed. Nov. a. d. urspr. Obl. (1860) S. 4. 14. 49 ff. 94 ff. 121; Römer, d. bed. Nov. (1863) S. 108. 172—187.
6) Vergl. Cursus § 367.
7) *auctoritas Principalis* ist ein Ausdruck, welcher in diesem Sinne oft wiederkehrt, z. B. in *fr.* 40. *de subst.* (28, 6); *fr.* 50. § 1. *de her. pet.* (5, 3); *fr.* 63. § 4. *de dom.* (41, 1); *fr.* 3. *de colleg.* (47, 22).

Zusammenhang zwischen den drei Gebieten. In ihnen tritt eine Gedankenwelt zu Tage, welche ihre Nahrung nicht mehr bloß aus den Stoffen der classischen Antike schöpft und dem römischen Nationalkarakter nicht mehr völlig congenial ist.

Die ersten Anzeichen und Ansätze dieser Schicht treten in den Bürgerkriegen des letzten republikanischen Jahrhunderts auf, es sind stoßweise Eruptionen ohne Zusammenhang; daß es sich aber schließlich um eine ganze Schicht, um ein System von Rechtsbegriffen und Rechtskategorien handelt, dieses Bewußtseyn dämmert auch im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit nur schwach. Erst nach Hadrian bemächtigt sich die Wissenschaft dieser neuen Welt, erst Papinian erhebt sie zu einem wissenschaftlichen System neben den alten nationalen Systemen des *jus civile* und *honorarium,* und zu betonen ist, daß der doch immer nicht ganz erstorbene Römersinn beflissen ist, das Neue möglichst in dem antiken Rahmen unterzubringen und den römischen Faden nicht geradezu fallen zu lassen. So sagt Paulus von einem *beneficium principale* bei der Pupillarsubstitution: *quemadmodum jure civili pubertate finitur pupillare testamentum, ita Princeps imitatus*[1] *est jus in eo, qui propter infirmitatem non potest testari*[2]. So müssen auch wir heutzutage bemüht seyn, die Institute des *jus extrao.* civilistisch zu construiren. Uns hat es gleichfalls bis jetzt an einer hellen Einsicht in dieses Stadium der römischen Rechtsgeschichte gefehlt, indem wir immer nur bis zu dem Dualismus des *jus civile* und *honorarium* gelangten und den Justinianischen Abschluß nur als eine Verschmelzung des *jus civile* und *honorarium* verstanden. Es ist unbeachtet geblieben, daß das wichtigste Verschmelzungsmoment in der Bildung eines dritten Systems gegeben war, welches zur Ausgleichung des alten Gegensatzes beitrug: immer ist ja die Drei versöhnlicher, als die Zwei. Im Gebiete des *jus extraordinarium* gab es von vornherein den Gegensatz des *civile* und *honorarium* nicht[3], und das Gebiet des *jus extraordinarium* ist weit umfassender, als gewöhnlich angenommen wird; ich bemerkte schon, daß auch das *jus naturale* der Wissenschaft und das *jus militare* des Kaiserthums eigentlich Dependenzen des *jus extraordinarium* sind, und dieses ganze *novum jus* als eine große Einheit, als eine principielle Deviation von der nationalen Bahn des Römerrechts aufzufassen ist.

Ich betrachte Labeo als den Schöpfer des *jus naturale,* wie Augustus der Schöpfer des *jus militare* genannt werden kann: beide waren große Neuerer im Recht, und in jenen Punkten laufen zwei parallele Fäden aus. Will man von einem besonderen *jus extraordinarium* neben jenen zwei Partieen sprechen, so läßt sich auch für dieses der Satz aufstellen, daß Labeo und Augustus als Begründer zusammengewirkt haben, denn Justinian erzählt, daß das Recht der Fideicommisse durch August veranlaßt und durch Labeo bestätigt worden sei[4]. Mit einer Monographie über Fideicommisse, von Aburius Valens[5], begann die Literatur des *jus extraordinarium,* und seit dieser Zeit schwillt sie zusehends an. Als die Hauptschrift

1) ähnlich *imitatur Edictum suum in fr.* 23. § 1. *de her. inst.* (28, 5); *ad exemplum Praetoris Edicti: fr.* 59. *de ritu nupt.* (23, 2).

2) *Paul. fr.* 43. *pr. de subst.* (28, 6). Ich habe das *jus extrao.* im Privatrecht mit dem castrensischen Filialstaat des Augustus verglichen und von diesem bemerkt, dass August sein neues System noch dem antiken Rahmen einfügte.

3) Es ist Marcian, ein Hauptrepräsentant des *jus extraordinarium*, von welchem jener berühmte, die höhere Einheit des *jus civile* und *honorarium* formulirende Ausspruch herrührt: *jus honorarium viva vox est juris civilis.* Man könnte dies als Motto über die Digesten der classischen Jurisprudenz schreiben. — 4) S. Cursus § 826.

5) welcher im Consilium des Antoninus Pius sass und der sabinianischen Schule angehörte.

über Fideicommisse scheinen die *libri XVI* (oder *Quaestiones*) *de fideicommissis* von Maecianus[1] gegolten zu haben; der erste Bearbeiter des *jus militare* war Tarruntenius Paternus[2]; der Hauptcommentator der *lex Julia et Papia* (vor Ulpian) war Terentius Clemens[3].

Wenn wir die posthadrianische Jurisprudenz kennzeichnen wollen, so haben wir drei Züge voranzustellen. 1) Sie faßt die ganze bisherige Entwickelung des nationalen (italischen) Rechts zusammen auf der Grundlage des ordinirten[4] Edikts in der Form von Digesten, welche von 4 Juristen ausgearbeitet und von anderen Juristen dann neu edirt und glossirt werden; 2) sie erfüllt sich mit hellenistischer Bildung und gewinnt dadurch einen freieren Standpunkt gegenüber der Welt römischer Traditionen in Theorie und Praxis: wir könnten dieses Stadium der römischen Jurisprudenz geradezu die gräcisirende nennen[5]; 3) sie wendet sich mit Vorliebe und recht eigentlich im wissenschaftlichen Sinne gestaltend den Stoffen des *jus extraordinarium* (incl. *militare*) zu, und es erblüht auf dem Stamme des philosophisch-hellenistischen Humanismus, angeregt vielleicht auch durch christliche Einflüsse, die großartige Theorie des *jus naturale*.

B. Das Fideicommiß war der Lieblingsgegenstand der humanistischen Jurisprudenz; in der That entdecken wir an ihm alle Grundzüge der neuen Richtung; Fideicommißansprüche wurden in *extraordinaria cognitione* verhandelt. 1) Es tritt uns zuerst die Emancipation von dem antikrömischen Wortrigorismus entgegen: der Erblasser brauchte nicht zu befehlen. Das ist etwas Neues, daß ein letztwilliger Gedanke gleichsam unfertig bleiben und doch wirksam werden kann, indem er in die *fides* eines Anderen, einer Mittelsperson gestellt wird; jeder irgendwie ausgesprochene Wunsch wiegt nun soviel, wie ein Befehl; man erkennt daran zugleich die feine und zierliche Weise der *Graeculi*. Gaius betont es, daß die Fideicommißpraxis vorzüglich im Interesse der Peregrinen entstanden sei, und daß, während Legate nicht in fremder Sprache angeordnet werden könnten, Fideicommisse in griechischer Sprache gültig seien[6]. 2) Es war nationalrömischer Gedanke, daß der Erbe Fortsetzer und Repräsentant der Persönlichkeit des Erblassers sei; daß er dies sei, war sein Stolz und seine Ehre (*honor institutionis*), worauf in alter Zeit mehr Gewicht gelegt wurde, als auf die Emolumente der Erbschaft: wie wäre sonst das ganze alte formelle Notherbensystem verständlich?! Nun aber wird auch eine indirekte, d. h. durch eine Mittelsperson (den Fiduciarerben) sich hindurch entwickelnde Erbanordnung für möglich gehalten, freilich ohne die Wirkung des *nomen heredis:* der Fideicommissarerbe wird wie ein Erbe in ökonomischer Hinsicht gestellt, aber ohne den *honor institutionis*. Man sagt vom Fideicommissarerben, wie vom *Bonorum possessor: heredis loco*[7]; aber noch entschiedener, als im *jus honorarium*, ist nach dem *jus extraord.* der Senatsconsulte und Constitutionen der Fideicommissarerbe[8], neben welchem der eigentliche *heres* immer als reeller Erbe steht, ein Erbe

---

1) welcher im Consilium des Anton. Philos. sass.

2) Präfectus Prätorio unter Commodus. *De re militari libri IV.*

3) Julian's Zeitgenosse: *libri XX ad leg. Jul. et P. P.*

4) Es wird hier zumeist nur von Redaktion gesprochen, die Quellen sagen: *ordinatio*, *compositio Edicti*.

5) Teuffel Gesch. d. röm. Liter. (*ed.* 3. 1875) hat diesem Umstand zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt. — 6) *Gai.* 2. 281. 285.

7) Irrig meint Lenel Ueb. Ursprung und Wirkung der *exc.* (1876) S. 50. 51, der Universalfideicommissar heisse auch *honorarius successor*; das ist ganz unrömisch und liegt nicht in den dafür citirten Stellen.

8) *Senatus voluit haberi heredis loco*, sagt Marcellus in *fr.* 44. § 1. *i. f. ad Sct. Treb.* (36, 1). Vergl. z. B. *fr.* 13. *pr. de B. P. s. t.* (37, 4).

ohne Repräsentation, d. h. ein vom nationalen Boden des Erbrechts losgelöster, degenerirter Erbe, eine römische Gestalt ohne römisches Piedestal, ein Erbe halbbarbarischen Styls[1]. Es ist ein den militärischen Testirprivilegien verwandter Gedanke: denn in diesen Privilegien ist gleichfalls die Idee der Personrepräsentation (durch den Erben) preisgegeben, weil es da *plures hereditates unius testatoris, plura testamenta* und eine theilweise *delatio testamentaria* gibt[2]. 3) Noch tiefer schneidet das Institut der *libertas fideicommissaria* dem Römer ins Fleisch: denn unmöglich muß es ihm scheinen, ein solches *fideicommissum* juristisch zu construiren und mit der gesunden Logik zu vereinigen. Wie kann dem, *qui nullum caput habet,* durch Anweisung an Andere letztwillig Etwas zugewendet, die Freiheit geschenkt werden? und welchen Rechtsweg kann der Honorat beschreiten, um das ihm Zugedachte zu erzwingen? Der Honorat ist noch nichts; kann er sich aus dem Sumpfe seines nihilistischen Seyns am eignen Schopfe herausziehen? Das ist ein monströser Gedanke; einem ächten Römer alten Styls undenkbar, aber kaiserliche Reskripte haben ihn *extra ordinem* sanctionirt[3]. Es ist realer Humanismus in barbarischer Gedankenform — oder: man erhebt sich wie im Flug zu dem Gedanken, der Sklave sei auch Person und Subjekt von Rechten, zwar nicht *jure civili* und *honorario,* aber *jure naturali.* Hartmann[4] plagt sich mit Placirung des Anspruchs eines fideicommissarisch Freien auf Freigebung neben den Obligationen (alten Styls); aber *jure extraordinario* hat das keine Schwierigkeit: der Sklave ist *jure naturali* Person[5] und macht als solche eine *extraordinaria petitio* geltend. Freilich ist das ein barbarischer Gedanke, daß der Sklave seinem künftigen Patron gegenüber *persona standi in jure* habe[6], und daß ihm *libertas debetur*[7]; aber der Humanismus der neuen Zeit erklärt ja alle Menschen für frei und gleich[8], soweit es sich um das *jus naturale* handelt, und auf der Grundlage desselben[9] wird *favore libertatis* Munition *extra ordinem* ertheilt, um das Geschenk der Freiheit zu vollenden[10].

C. Ein zweites hervorragendes Stück des *jus extraord.* war das *jus fisci.* Fiscalsachen wurden *extra ordinem* verhandelt, seitdem durch ein *Sctum* unter Claudius (a. 53) die Civilprocesse zwischen Fiscus und Privaten den kaiserlichen Procuratoren überwiesen waren[11]. Das ganze fiscalische Privilegiensystem, der hypothekarische *favor fisci* voran, stand außerhalb des *jus ordinarium.* Hier soll nur hervorgehoben werden, daß selbstverständlich der Imperator als Patron seine Freigelassenen beerbte[12] und auch zum Erben eingesetzt werden konnte[13], und dann die Erbfolge auf den Fiscus bezogen ward, insofern dieser als der Schatz des Imperator galt[14]. Ulpian und Paulus erwähnen die *institutio Caesaris* (*Imperatoris*) als etwas Bekanntes[15], Erste-

1) Man vergl. hierzu den Provinzialjuristen Gaius (3, 32): *praetor heredes facere non potest; per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per Sctum et constitutionem principalem; sed cum eis praetor dat B. P., loco heredum constituuntur.*

2) s. Cursus § 934. 935. — 3) s. Cursus § 369.

4) Die Obligation (1875) S. 144. — 5) s. Cursus § 43. Excurse S. 42.

6) *adversus dominum consistere:* s. Bekker d. Aktionen II. S. 195.

7) *Marcian fr.* 53. *de fideic. lib.* (40, 5).

8) Am Anfang der Digesten: *Jure naturali omnes homines liberi nascuntur* (*Ulp. fr.* 4. *de J. et J.*), und am Schluss der Digesten: *Quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt* (*Ulp. fr.* 32. *de R. J.*).

9) Hieher gehört wohl auch die selbständige Verwendung von *servi publici* bei Rechtsgeschäften: *fr.* 18. *de adopt.* (1, 7); *fr.* 2. *rem pupilli* (46, 6).

10) Ausserdem kommt hier der neue Gedanke einer *libertatis possessio* in Betracht. Vergl. unten Excurse zu Kap. 40.

11) *Tac. Ann.* 12, 60. Mommsen R. Staatsr. (*ed.* 2) II. S. 981.

12) *fr.* 3. § 8. *de suis* (38, 16). — 13) Vergl. *fr.* 31. *qui test.* (28, 1).

14) s. Mommsen *l. c.* S. 958. 961. 963. Anm.

15) *fr.* 1. 2. *de off. Procur. Caes.* (1, 19). *Ulpian: Si Imperator sit heres institutus, posse inofficiosum dici testamentum saepissime rescriptum est* (*fr.* 8. § 2. *de inoff. test.* 5, 2).

rer fügt hinzu, daß sowohl in diesem Falle, als auch wenn ein *servus Caesaris* eingesetzt ist[1], der *Procurator Caesaris* die erforderliche Erwerbshandlung — *aditio, jussus adeundi* — vorzunehmen habe; und an anderer Stelle[2] bemerkt Ulpian über den letzteren Fall, daß oft darüber rescribirt worden. Es darf nicht bezweifelt werden, daß das Recht, eingesetzt zu werden, dem Fiscus nicht verloren ging, als derselbe nicht mehr kaiserliches Privatvermögen, sondern an die Stelle des Aerars getreten war[3]. Der Erbschaftsantritt durch Stellvertreter, d. h. durch den Procurator, war mit dem *jus civile* unvereinbar[4]; ebenso war es überhaupt mit dem *jus ordinarium* unvereinbar, daß ein Vermögenskreis, welcher nicht in einem *homo* persönlich war, zum Erben eingesetzt werden könne. Ein Municipium, ein Collegium kann nicht Repräsentant einer *persona defuncta* seyn; in einer Corporation fortzuleben: welch' monströser Gedanke! Man mußte die Idee der erbrechtlichen Seelenwanderung und Personrepräsentation aufgeben, um die Erbfähigkeit juristischer Personen zuzulassen. Dies geschah durch Senatsconsulte und Constitutionen. Die Erbfolge juristischer Personen ist eine Erbfolge ohne erbrechtliche Repräsentation und also ein Gedanke, welcher der *fideicommissaria hereditas* verwandt ist[5]. Wir bewegen uns hier durchaus auf einem dem alten Römer fremden Boden, was Ulpian principiell ausdrückt, aber freilich nicht sehr geschickt unter den Gesichtspunkt stellt: *nec municipia, nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant*[6]. Ein Senatsconsult gestattete Universalfideicommiß an Municipien[7]; durch die s. g. *lex Vectibulici* wurde den italischen Städten die Freilassung[8] ihrer Sklaven gestattet und damit ihnen das patronatische Intestaterbrecht eingeräumt; ein Senatsconsult unter Hadrian gab das gleiche Recht den Provinzialstädten[9], Marc Aurel auch den Collegien[10]. Götter galten dieser Zeit nicht als *certae personae,* aber durch Senatsconsulte und Constitutionen wurde einzelnen als Privileg gestattet, daß sie Testamentserben werden könnten[11], und gleichfalls durch Senatsconsult ward den Municipien die Fähigkeit ertheilt, von ihren Freigelassenen eingesetzt zu werden[12]. Jede einzelne dieser Bestimmungen war ein Riß in das alte Erbsystem; erst Leo[13] hat den Gemeinden das Recht, zu Erben eingesetzt zu werden, unabhängig vom Patronat gegeben: daß das nicht früher geschah[14], erklärt sich aus Obigem sehr leicht.

An und mit dem Fiscus[15] hat sich dann die ganze Theorie der juristischen

---

1) *alienos servos heredes instituere possumus eos tantum, quorum cum dominis testamenti factionem habemus. Ulp.* 22, 9.

2) *fr* 25. § 2. *de acq. her.* (29, 2).

3) den Uebergang dazu zeigt *fr.* 56. *de legat. II* (*Gaius ad leg. Jul. et P.*). Dazu Mommsen *l. c.* S. 967. Vergl. z. B. *Ulp.* 17, 2; *fr.* 96. § 1. *de legat. I.*

4) s. *Modest. fr.* 54. *pr. de acq. dom.* (41, 1). Anders freilich schon im *jus honorarium*: s. *fr.* 3. § 7. *de B. P.* (37, 1).

5) s. oben S. 377. Auch die *vindicatio fiscalis bonorum vacantium* und die *addictio bonorum libertatium tuendarum causa* gehören in diesen Ideenzusammenhang, denn der Fiscus und der, welcher sich die Erbschaft hat addiciren lassen, sind nicht Repräsentanten des Erblassers und daher nur *heredis loco*. Vergl. Cursus § 840. — 6) *Ulp.* 22, 5.

7) *Sctum Apronianum* (im J. 123?): *fr.* 26. *ad Sct. Treb.* (36, 1).

8) mit voller rechtlicher Wirkung; s. v. Savigny System II. S. 286. Binding Zeitschr. f. Rechtsgesch. IX. S. 298.

9) *c.* 3. *de servis reip.* (7, 9). — 10) *fr.* 1. 2. *de manum.* (40, 3).

11) Ertheilung des *jus liberorum* an diese Götter!? *Lex Julia et Papia*. Vergl. *Dio* 55, 2. Schulting Anmerkgn zu *Ulp. fragm.* 22, 5. Anm. 15. — 12) *Ulp.* 22, 5. 6.

13) i. J. 469: *c.* 12. *de her. inst.* (6, 24). Dazu Dirksen civ. Abhdlgn I. S. 139.

14) Anders Binding *l. c.* S. 299.

15) *ad exemplum Reipublicae: Gai. fr.* 1. *quod cuj. univ.* (3, 4).

Personen entwickelt; ich möchte es geradezu aufstellen, daß die juristische Person als privatrechtliches, der Verwaltungssphäre enthobenes, Institut ein Geschöpf des *jus extraordinarium* ist. Jurisprudenz[1], Senatsconsulte[2] und Constitutionen[3] wirkten zum Ausbau desselben zusammen.

D. Ich gehe dazu über, eine Reihe weiterer Institute des *jus extraordinarium* übersichtlich zu betrachten[4]; es gilt hier nicht zu erschöpfen, sondern nur den Eindruck einer zusammenhängenden Schicht gleichartiger Lebens- und Rechtsvorstellungen zu erzielen, in welchen die allmähliche Degeneration des Römerrechts deutlich wird.

1) *Extra ordinem* ist es, daß die Frau privatrechtlich „emancipirt", d. h. auf gleiche Stufe mit dem Manne erhoben wird, was ein unrömischer Gedanke ist und nur einem Gaius selbstverständlich erscheint[5]. Die Emancipation zeigt sich *a*) in der Befreiung von der Tutelbedürftigkeit: α) *jus liberorum*, Befreiung von jeder Tutel (*lex Papia*); β) Aufhebung der *tutela agnatorum* für *ingenuae* (*lex Claudia*); γ) der *tutor testamentarius* und *Atilianus* darf *auctoritas* nicht mehr versagen; b) in der Erhebung zur Tutelarfähigkeit: Mutter und Großmutter können *ex rescripto Principis* selbst eine *tutela impuberum* übernehmen[6].

2) *Extra ordinem* ist es, daß das Hauskind mannichfach zur privatrechtlichen Selbständigkeit gelangt und ihm ein eigener Rechtswille beigelegt wird, so daß es nicht mehr bloß als Organ hausväterlichen Wollens und Handelns erscheint. Diese theilweise Verselbständigung zeigt sich a) in der Ertheilung der *persona standi in jure*, indem seit Julian der Haussohn in gewissen Fällen *actionem habet* (*nec vero suo nomine*)[7], b) in der Ausbildung der *actio tributoria*, welcher gegenüber der Gewalthaber *velut extraneus* gilt[8]; c) in der Entwickelung des *castrense peculium*, welches eine theilweise Emancipation des Haussohns in vermögensrechtlicher Beziehung enthält.

Wir brauchen nur bei Ulpian[9] zu lesen: *deterior conditio feminarum — major dignitas in sexu virili*, und zu erwägen, daß die *patria potestas* eine Grundsäule im System des *jus Romanorum* war, um zu verstehen, wie antinational und modern den ächten Römern jene genannten Rechtssätze der Kaiserzeit erscheinen mußten.

3) *Extra ordinem* ist auch Alles, was von der Idee obervormundschaftlicher Controle ausgeht, denn dem *jus ordinarium* war nur der Gedanke, daß die Vormundschaftsführung ein Recht sei, entsprechend. Das Kaiserthum, wie es im öffentlichen Leben ein Polizei- und Schutzsystem etablirt, schafft auch in Fürsorge für die Unmündigen (und Minorennen) eine privatrechtliche Oberaufsicht[10] und behandelt die Tutelpflicht als ein *munus quasi publicum*[11]. Durch die *lex Atilia*, dann *Julia et Titia* war den Prätoren und Statthaltern das *jus tutoris dandi* ertheilt worden; dieses *jus* galt als etwas Besonderes und ward weder zum *imperium* noch zur *jurisdictio*

---

1) z. B. *Neratius Priscus fr.* 85, *de V. S.* — 2) z. B. *fr.* 1. *quod cuj. univers.* (3, 4).

3) z. B. Rescript der *Divi Fratres: fr.* 6. § 1. *de div. rer.* (1, 8). Dazu *fr.* 3. *de colleg.* (47, 22).

4) *Cognitionum numerus cum ex variis causis descendat, in genera dividi facile non potest, nisi summatim dividatur. Numerus ergo cognitionum in quatuor fere genera dividi potest, aut enim* — *Call. fr.* 5. *de extrao. cogn.* (50, 13).

5) *Gai.* 1, 144. 190. 193. — 6) *Nerat. fr.* 18. *de tutel.* (26, 1).

7) s. Cursus § 331. Das alte Recht wird noch von *Marcian fr.* 7. *de lege Corn. de fals.* (48, 10) betont. — 8) s. Cursus § 761. 762.

9) *fr.* 9. *de statu hom.* (1, 5); *fr.* 1. *de senator.* (1, 9).

10) *Severus rescripsit, Praetorem aestimare debere praesentibus ceteris propinquis liberorum: fr.* 1. *ubi pupill.* (27, 2).

11) *Severus: cum ad curam publicam pertineat; fr.* 2. § 2. *qui pet. tut.* (26, 6).

gerechnet; Senatsconsulte und Constitutionen gingen auf diesem Wege fort[1]; Marc Aurel setzte einen besonderen *Praetor tutelaris* für die obervormundschaftliche Cognition ein, und nun nannte man dessen Competenz auch *jurisdictio* (*pupillaris*). Zu dieser Jurisdiction *extra ordinem*[2] gehörte die Entscheidung über Excusationen Berufener[3], *tutoris petitio*, *potioris nominatio*, *postulatio*, *accusatio* und *remotio tutoris*, sowie die Rechnungsabnahme (*actio tutelae*)[4]. — Außerdem ist zu bemerken, daß die auf Grund von neueren Gesetzen oder Senatsconsulten deferirte Tutel nicht durch *capitis diminutio* untergeht[5].

4) Zu den durch die Jurisprudenz gezeitigten Gewächsen des *novum jus* rechne ich die besondere Anwendung der *potestas* über Sklaven, welche ich als *usufructuaria potestas* bezeichnen möchte[6]. Labeo[7] und Julian[8] scheinen für die Ausbildung dieses besonderen Rechtsinstituts maaßgebend gewesen zu seyn. Dasselbe knüpft natürlich an das *jus civile* an[9], denn *ususfructus* und *potestas* sind civilrechtliche Begriffe; aber ein neuer Gedanke liegt hier vor, denn unmöglich gewinnt man aus dem Nutznießungsbegriff das Recht des *usufructuarius servi*, durch dessen Rechtshandlungen Rechte zu erwerben[10]; dazu wird der Potestasbegriff vorausgesetzt, aber die *potestas* ist nicht die des *dominus*, sondern eine davon abgezweigte, die des *usufructuarius*, und es wird hier recht deutlich, daß der Sklave, dessen Wille dabei maaßgebend wird, nicht als Sache, sondern als Person *jure naturali* in Betracht kommt. Offenbar leitet Paulus[11] die Erwerbsmöglichkeit für den Nutznießberechtigten nicht aus dem Begriff des *ususfructus*, sondern aus besonderem Gewohnheitsrecht ab.

5) Im Anschluß an die freiere Stellung der Sklaven sind das *pervenire ad libertatem ex constitutione Marci*[12], die *redemtio suis nummis*[13], die *addictio libertatium tuendarum causa*[14], die *querela servi de domino*[15], das *jus anulorum* und die *natalium restitutio*[16] zu erklären.

6) Auch auf dem Boden des Familienrechts läßt der von den alten Traditionen abschweifende Rechtssinn neue Rechtsverhältnisse, eine Art Obligationen, entstehen. Dahin gehören die familiären Alimentations-, Dotations- und Funerationsansprüche auf Grund kaiserlicher Reskripte[17], woneben der Anspruch des Haussohns auf Emancipation aus *patria potestas* oder *causa mancipii*[18] gestellt werden kann. Im Widerspruch mit dem *jus ordinarium* steht auch das Erforderniß der Einwilligung der Gattin *in manu* zur Veräußerung eines Dotalgrundstücks[19], des Haussohns zu seiner Emancipation, der Haustochter zur Anstellung der *actio dotis*[20].

---

1) *Pap. fr.* 1. § 1. *de off. ei cui mand.* (1, 21); *Ulp. fr.* 6. § 2. *de tut.* (26, 1). Dazu v. Bethm.-Hollweg Civilproc. II. S. 98.

2) oder *officium jus dicentis* (*latissimum*): *Ulp. fr.* 1. *de jurisd.* (2, 1). Vergl. Bekker Aktionen II. S. 201. — 3) s. z. B. *fr.* 30. *pr. de exc.* (27, 1); *fr.* 13. § 2. *eod.*

4) Vergl. *fr.* 9. *de tut.* (26, 1); *fr.* 1. *de adm. tut.* (26, 7).

5) *Ex novis legibus tutelae plerumque sic deferuntur, ut personae naturaliter designentur* (*fr.* 7. *pr. de cap. min.* (4, 5).

6) *Servi ususfructus*, *servus fructuarius* sagen die Quellen. Hauptsitz der Lehre in *fr.* 21—26. *de usufr.* (7, 1) und *Tit. Dig. de stip. serv.* (45, 3). — 7) *fr.* 21. *de usufr.* (7, 1). Vergl. Cursus § 749.

8) *fr.* 24. *de act. emti* (19, 1); *fr.* 25. *de usufr.* (7, 1).

9) *Ulpiani lib.* 18. *ad Sabinum*; *fr.* 21—24. 26. *de usufr.* aus Sabinuscommentaren.

10) *aditio hereditatis non est in opera servili*: *fr.* 45. *de acq. her.* (29, 2). Vergl. *fr.* 6. § 4. *eod.*

11) *fr.* 24. *de usufr.* (7, 1): *usitatum est.*

12) *fr.* 10. *de manum.* (40, 1); *fr.* 3. § 3. *de suis* (38, 16).

13) s. Cursus § 385. Weiter geht das Constantinische Recht (Freiheitsersitzung).

14) s. Cursus § 840.

15) *tutela mancipii*: *fr.* 1. § 8. *de off. praef. urbi* (1, 12); *fr.* 5. *de manum.* (40, 1).

16) *servi nati ex postfacto juris interventu ingenui fiunt* (*Marcian fr.* 2. *de nat. rest.* 40, 11): monströser Gedanke! — *ut multis Rescriptis continetur* (*Ulp. fr.* 1. *de bon. lib.* 38, 2). Cursus § 381.

17) s. Cursus § 789. — 18) *Gai.* 1, 140; *fr.* 5. *si a parente* (37, 12). — 19) *Gai.* 2, 63.

20) *Paul. S. R.* 2, 25. § 5; — *Ulp.* 6, 5. Anderseits s. *fr.* 1. *de lib. causa* (40, 12): *parenti licentia datur, pro filio litigare de conditione.*

7) Arrogation von Frauen und Unmündigen war im System des *jus ordinarium* (*pontificium*) unstatthaft, weil mit ihnen *nulla comitiorum communio erat*[1]; kaiserliche Reskripte seit Antoninus Pius[2] setzen sich auch darüber hinweg.

8) Der Kaiserzeit gehört auch die *assignatio*[3] *liberti* an, welche durch ein *Sctum* aus der Zeit des Claudius geregelt wurde[4]. Sie ist weder Legat, noch Fideicommiß[5]; durch ihre absolute Formlosigkeit zeigt sie den Gegensatz zum *jus legitimum ac solenne*[6].

9) Diese Neigung zur Formlosigkeit ist allerdings schon im prätorischen Recht offenbar[7], allein sie greift während der Kaiserzeit auffallend um sich, macht sich im Gebiet des Sachenrechts dadurch bemerklich, daß sie in vielen Fällen einen Eigenthumserwerb ohne die Umständlichkeit der Tradition zuläßt[8] und nun selbst in die Region des *jus solenne* eindringend dessen Zersetzung vorbereitet. Als das wichtigste Zersetzungsphänomen dieser Art ist das Auftreten schriftlicher Geschäftsformen hervorzuheben. Seit den Tagen der *sponsio* und *nuncupatio* war das feierliche Wort ein wesentliches Element des *strictum jus*[9]; *strictum jus* und *solenne jus* konnte als gleichbedeutend genommen werden[10]; das Legat, die *cognitoris datio*, die *cretio* forderten *verba civilia*. In der Kaiserzeit aber drängt sich in diese Region die Skriptur ein: wie bei der Manumissio[11], so erläßt man auch bei der Stipulatio das Aussprechen der Worte; Papinian[12] erklärt die *epistola inter praesentes* für ein Surrogat der Stipulation, und Sept. Severus bestätigt das[13]. Das Stipulirprincip wird nur insofern gewahrt, als Präsenz der Contrahenten und überhaupt die (subjektive) Möglichkeit des Stipulirens gefordert wird: hiervon geht erst Justinian ab[14]. Im Erbrecht treffen wir dieselbe Neigung zum Schriftakt beim Testament, welches allerdings schon im Civilrecht den Anfang, ein Schriftakt zu werden, gemacht hatte; der Prätor erließ dann Mancipation und Nuncupation und steigerte den Schriftakt durch das Erforderniß der Zeugensiegel; aber erst *jure extraordinario* wird der Skripturritus vervollständigt durch das Erforderniß der *subscriptiones testatoris et testium*[15].

10) Eine viel antilirte Frage war, ob auf dem Gebiete der *liberales operae* eine Geldvergütung (*honoraria summa*[16], *honorarium*[17]) rechtsverbindlich versprochen und gerichtlich gefordert werden könne. Man entschied sich in der Kaiserzeit, innerhalb gewisser Grenzen[18] dahin, die *mer-*

---

1) s. Cursus § 753. — 2) *epistola, quam scripsit Pontificibus*: *Gai*. 1, 102.

3) *assignatio* in anderer Anwendung (*ass. instrumenti*) bedeutet Beidrückung des Siegels (z. B. in *fr.* 20. *de auct. tut* 26, 8).

4) s. Cursus § 804. Vergl. auch *fr.* 3. § 4. *de suis* (38, 16).

5) *Scaev. fr.* 7. *de ass. lib.* (38, 4).

6) Vergl. über Freilassung durch den Imperator *fr.* 1. § 1. *de manum.* (40, 1).

7) *pactum hypothecae, constitutum, receptum, superficies, agnitio bon. possessionis.*

8) *fideicommissaria restitutio hereditatis*; *thesauri pars fisco vindicatur.* Vergl Cursus § 506 a. E. § 507 a. E. § 510. Eine dem Freiwerden ohne Manumissionsakt parallele Erscheinung.

9) s. Bruns die Unterschriften d. röm. Rechtsurkunden (1876) S. 130.

10) so *Pomponius* in *fr.* 27. *de R. J.*: *Nec ex praetorio, nec ex solenni jure.*

11) s. Cursus § 384. Anm. 11.

12) den man ja den *diligentissimus juris extraordinarii assertor* nennen könnte, *arg Veget. de re militari* 1, 8.

13) s. Cursus § 656. Obiger Umstand bleibt bei Bruns *l. c.* S. 131 unerwähnt.

14) s. Cursus § 974. und Excurse S. 168.

15) § 3. *J. de test. ord.* (2, 10). S. oben (Excurse) S. 317. Allerdings wohl erst in der nachclassischen Zeit: s. Bruns *l. c.* S. 93.

16) Rescript des Alexander: *fr.* 1. § 12. *de extrao. cogn.* (50, 13).

17) *fr* 1 *pr. si mensor* (11, 6); *remunerandi gratia honor*: *fr.* 6. *pr. mand.* (17, 1).

18) Ausgeschlossen z. B. *Professores juris civilis* und *Philosophi*: *fr.* 1. § 4. 5. *eod.* Zulässig nur *licita quantitas, modus legitimus*: *fr.* 1. § 10. 12. *eod.*

*cenaria opera* anzuerkennen: *extra ordinem jus dici debet*[1]. Papinian gestattete sie bei Stellvertretung im Proceß[2], anerkannt war sie für *juris studiosi* als Assessoren[3], für *Comites Legati*[4]; Scaevola berücksichtigte das Salär beim Ankauf einer *militia*[5], und Ulpian erklärt den Anspruch auf Proxeneticum für *jus licitum*[6].

11) In der Kaiserzeit fand eine Uebertragung der Grundsätze der *actiones exercitoria* und *institoria* (und *tributoria?*) auf *extranei* (*sive servi sive liberi*) Statt, theils im Fall einer *lex praepositionis*, theils im Fall eines Einzelauftrags. Daß der letztere Fall nicht im Edikt vorgesehen war, ist gewiß[7], aber auch für den ersteren Fall ist wohl die Praxis als Quelle anzusehen, obschon Gaius die angewandte *actio institoria* als *praetoria* bezeichnet[8], denn sonst sagt derselbe immer nur vom *pater dominusve*, daß *Praetor actionem comparavit*[9].

12) Wie im vorigen Fall, so wird auch rücksichtlich der Compensation das *jus ordinarium* durch die Praxis der Kaiserzeit in einer Weise weitergeführt, daß schließlich ein neues Princip[10] resultirt. Das Civilrecht kannte die Compensation bei wechselseitigen Obligationen, das prätorische Edikt im Wechslergeschäft und Concurs; die Praxis seit Labeo fügt neue Fälle hinzu und wird durch ein Reskript des Marc Aurel bestätigt. War aber bei *actiones stricti juris* die Compensation principiell anerkannt, so war es unmöglich, bei gegenüberstehenden Obligationen die Zinsen über das *tempus* hinaus, *ex quo ab utraque parte debetur*, laufen zu lassen: Jurisprudenz[11] und *principalis auctoritas*[12] stimmten also überein, *ipso jure compensari*, und dieser Satz entsprach auch der höheren Billigkeit. Was aber ist hier unter dem *ipso jure* zu verstehen? Wäre es im Sinne des alten Rechts zu verstehen, so wäre der Kläger, welcher die Gegenforderung ignorirt, der *pluris petitio* schuldig und dem *causa cadere* ausgesetzt, und Paulus zieht in der That diese Consequenz[13], aber er geht zu weit, die Digesten bestätigen das nicht und die Billigkeit ist dagegen, denn es muß dem Gegner anheimgestellt bleiben, ob er von der Compensation Gebrauch machen will[14]. *Extra ordinem* also bedeutet das „*ipso jure*“, die Aufrechnung werde ohne Zuthun des Gläubigers begründet, wenn auch es bei ihm steht, ob er sie geltend machen will[15].

13) Das Erbrecht anlangend, so ist vor Allem das ganze System der *lex Julia et Papia Poppaea* hier zu nennen; es bildet gleichsam die Grundmauern des *jus extraordinarium*[16], auf welchen dann die *Scta* und Constitutionen sammt der Jurisprudenz in den verschiedensten Richtungen weiterbauten. Hinter der großen Anzahl der Caducitäts- und Indignitätsfälle,

---

1) *fr.* 1. § 1. *eod.*; *apud praesides debent admitti*: *fr.* 1. § 15. *eod.*
2) *salarium*: *fr.* 7. 56. § 3. *mandati* (17, 1). *Alex.* c. 1. *mand.* (4, 35).
3) *salarium publicum*: *fr.* 1. 4. 6. *de off. ass.* (1, 22); Reskript des Ant. Pius: *fr.* 4. *de extrao. cogn.* (50, 13).
4) *Pap. fr.* 19. § 10. *locati* (19, 2). — 5) *fr.* 52. § 2. *emti* (19, 1).
6) *fr.* 1. *de prox.* (50, 14). *De proxenetico solent Praesides cognoscere, sic tamen, ut in his modus esse debeat*: *fr.* 2. *eod.*
7) erst Papinian hat hier entschieden (s. Cursus § 610), gleichwie auch in dem Fall sub 9.
8) *Gai.* 4, 71. — 9) *Gai.* 4, 70—74.
10) *merum jus compensationis*: dieser Ausdruck Papinian's (in *fr.* 36. *de adm. tut.* 26, 7) könnte hierauf gehen.
11) *Paul.*: *placuit* in *fr.* 21. *de compens.* (16, 2).
12) *Alex.* c 4. *de compens.* (4, 31). — Julian (s. Schwanert d. Compensation S. 15) scheint noch der alten Ansicht zu huldigen, dass die Begründung der *exceptio* von der Erklärung abhänge (auch ihre Wirkung? — *fr.* 2. *de compens. si paratus sit*); aber schon Neratius und Pomponius sprechen von *ipso — jure* — Liberation des Bürgen (*fr.* 4. *eod.*); Septimius Severus stellt die gleiche Wirkung rücksichtlich der Zinsen fest (*fr.* 11. 12. *eod.*).
13) *Paul. S. R. II*, 5. § 3. — 14) s. Schwanert *l. c.* S. 41. 46.
15) Relative Nullität?! — 16) Vergl. oben (Excurse) S. 301. 305.

welche oft dem Fiscus zu Gute kommen, lauert ein Gedanke, welcher heute wieder die Köpfe Vieler beschäftigt: eine erbrechtliche Expropriation der verwaisten Vermögensmassen auf Kosten der (entfernteren) Verwandten zum Besten des Gemeinwesens. Solche Eingriffe in das System des privatrechtlichen *jus ordinarium* waren etwas bis dahin Unerhörtes, aber eine Zeit, welche den castrensischen Filialstaat August's acceptirte, mochte sich auch in das Papische Recht mit seinen neuen Rechtsbegriffen der Capacität und Ereption finden: jene ist, insofern sie den Effekt der *testamenti factio passiva* durchkreuzt, diese, insofern sie neben dem nominellen Erben (wenn dieser etwa angetreten hat) einem Anderen die reelle Stellung eines Erben auf Kosten des Ersteren einräumt, *extra ordinem*[1].

14) Ebenso erschien den Römern das durch die *Scta Tertullianum* und *Orphitianum* begründete Erbrecht zwischen Mutter und Kindern[2] als eine Durchkreuzung des *jus antiquum*[3]; *admitti ad hereditatem* (*legitimam*) *ex Scto*[4] — *Tertullianum commodum*[5] — *ex Scto potest venire*[6] — *Scti beneficium*[7] sind Ausdrücke, welche die Abweichung vom alten System kennzeichnen und die mancherlei Schwierigkeiten der Auseinandersetzung mit der antiken Erbrechtsordnung erklärlich machen[8].

15) Auch sonst noch finden wir Aussprüche und Anordnungen der Kaiser, welche die allmähliche Loslösung von dem alten Erbsystem andeuten[9]; so wenn Caracalla in einem Falle ein *testamentum sine heredibus* annimmt[10], wenn Antoninus Pius und Philosophus, Papinian und Ulpian in einigen Fällen (abgesehen von eigentlicher *in integrum restitutio*) Transmission des Erbrechts zulassen[11], wenn Kaiser und Praxis eine erbrechtliche Succession, die weder Erbfolge noch Legat ist, in mehreren Fällen anerkennen[12], wenn Antoninus Pius die Pflicht der Doscollation auf die *civiliter* erbende *sua* überträgt[13].

16) Endlich macht sich in fast allen Theilen des Civilprocesses der Geist des *jus extraordinarium* bemerkbar, indem nicht bloß eine besondere *extraordinaria cognitio* mit Zusammenlegung des *jus* und *judicium* in einer großen Anzahl von Fällen organisirt wird[14], sondern in den *ordo judiciorum* selbst auch neue Rechtsideen eingefügt werden, welche nur schwer in Einklang mit dem alten System zu bringen sind. Ich rechne dahin die *cessio bonorum*, die Appellation und Specialexecution[15], ferner die *litis denuntiatio* (an Stelle der *in jus vocatio*), sowie die Zulassung von *procuratores litis* im engern Sinne[16]. Auch hier hat theils die *principalis auctoritas*, theils die Jurisprudenz maaßgebend eingewirkt; eine Leistung der letzteren insbesondere

1) s. Cursus § 839. — 2) s. Cursus § 831.
3) *fr.* 1. § 9. 10. *ad Sct. Tert. et Orph.* (38, 17). — 4) *fr.* 1. *pr. eod.*
5) *fr.* 2. *pr. eod.* — 6) *fr* 2. § 19. *eod.* — 7) *fr.* 2. § 20. *eod.*
8) s. z. B. *fr.* 1. § 11; *fr.* 2. § 8. 18. 47. *eod.*
9) Ueber das patronatische Erbrecht juristischer Personen, die *fideicommissaria hereditas.* und andere „*novi casus successionis*“ (*pr. J. de eo cui libertatis* 3, 11) s. oben S. 377. 378.
10) *fr.* 3. *de his quae in test. del.* (28, 4).
11) Ediktmässige *in int. rest. in c.* 1. *de rest. mil.* (2, 51): hier hat der Transmissar das *auxilium ex persona defuncti* mit der Erbschaft erworben. Hieran schliessen sich die Fälle des *jus extrao.* an: *Ant. Pius* (*fr.* 86. *de acq. her.* 29, 2); *Marc. Aurel* (*fr.* 6. § 1; *fr.* 42. § 3. *de bon. lib.* 38, 2; *c.* 11. *ad Sct. Sil.* 6, 35); *Papinian* und *Ulpian* (*fr.* 1. § 30 32; *fr.* 4. *de Sct. Sil.* 29, 5; *fr.* 1. § 1. *ad Sct. Tert.* 38, 17). Diese unächten Restitutionsfälle sind der einzige Ansatz des Tranmissionssystems bis auf Theodos. II. *cf.* Göring in Ihering's Jahrbb. XV. S. 167. 170.
12) S. g. gesetzliches Vermächtniss: a) *Quarta D. Pii* des arrogirten *impubes*; b) *praeceptio dotis* d. h. das Recht des Haussohns, aus dem väterlichen Nachlass die *dos* seiner Gattin bei der Erbtheilung sich vorweg zu nehmen (*fr.* 20. § 1. 2; *fr.* 46. *fam. herc.* 10, 2; *fr.* 1. § 13. *de dote prael.* 33, 4). Constantin fügte einen 3. Fall hinzu (*c. un. si liber. imp.* 10, 14). Vergl. Cursus § 832. Anm. 5.
13) Cursus § 894 sub a) Abs. 2. — 14) Cursus § 356.
15) Cursus § 353. 354. — 16) Cursus § 347. 348.

ist es, daß sie das als *jus naturale* bezeichnete Gedankensystem dazu benutzt hat, um mit seiner Hülfe einige dogmatische Constructionen zu ermöglichen, für welche sonst es an einer Operationsbasis gebrechen würde[1]. —

E. Bekker[2] gibt einige Andeutungen über das weitere Eindringen der *extraordinaria cognitio* in die Praxis. Gar oft mag der Fall zweifelhaft erschienen seyn; in gewissen Fällen lag die Anknüpfung an das ordinarische Actionensystem so nahe, daß man zu einer *actio utilis* griff, und die freie Jurisprudenz wird sich zu dieser Methode hingeneigt haben[3], während die kaiserliche Partei den Weg der *persecutio extra ordinem* begünstigte. Zuweilen finden wir beide Wege zur Auswahl nebengestellt[4], oder beides im Ausdruck verbunden[5]. Ueberall wo ein kaiserliches Reskript über eine concrete Rechtsfrage eingeholt worden, lag es nahe, das Verfahren *extra ordinem* für indicirt zu halten, und wir sehen, daß solchenfalls die *ordinaria actio* oftmals bei Seite gedrängt wurde[6]; in anderen Fällen lag eine solche Concurrenz nicht vor, und es wurde wohl auch noch besonders betont, daß keine eigentliche *actio* gegeben war[7]. Es war zunächst eine Proceßfrage, aber die Ausdehnung der *extraordinaria cognitio* hatte doch zugleich vielfach die Bedeutung einer Ausdehnung des *jus extraordinarium*, und diese lag im Geiste der Zeit. Der nachklassischen Zeit seit Diocletian kommt das Verständniß der großen geschichtlichen Trias (*jus civile, honorarium, extraordinarium*) immer mehr abhanden. Was sonst Ausnahme war, erhebt sich nun zur Regel, der classische Styl des *jus privatum* erstirbt; auch hier geht dieses dem *jus publicum* parallel.

F. Ich bemerkte schon, daß nicht Alles was in der Kaiserzeit zum Vorschein kommt, zum *jus extraordinarium* zu rechnen sei; Vieles hängt sich so unmittelbar an das System des *jus ordinarium* oder an Einzelnes aus demselben an, daß es eben als dessen Anhang und Ausfluß, nicht als Bestandtheil des *jus extrao.* gelten kann. Die Formel, mittels deren die Jurisprudenz solche Anhangsstücke in das Bestehende einrangirte, war eine verschiedene; hervorragend ist die der Quasi-Figuren, wie ich diese Erscheinung kurz nennen will[8]. Die bekanntesten dieser modernen Figuren sind die Quasicontracte und Quasidelikte. Das *Quasi*, sonst eine so irrationelle Größe, daß der Jurist Scheu hat, sich damit zu befassen und damit zu rechnen, gewinnt hier doch eine nicht zu verachtende Bedeutung in der zu allgemeineren Begriffen fortschreitenden Jurisprudenz der Römer. Die *quasipossessio, quasitraditio* und der *quasiususfructus*[9] laufen im Grunde auf eine Verallgemeinerung der Begriffe *possessio, traditio* und *ususfructus* hinaus. Andere häufig auftretende Figuren sind das *postliminium* mit seinen Imitationen (*quasi postliminium*[10]) und in späterer Zeit das *peculium quasi castrense*.

Man kann sagen, daß das *quasi* in den das Recht fortbildenden Con-

---

1) Cursus § 351. — 2) Aktionen II. S. 198 ff.

3) z. B. in *fr.* 7. § 1. *de relig.* (11, 7). Wohl auch *fr.* 15. und 19. *pr. de praescr. v.* können hieher gezogen werden.

4) *de dolo actionem dandam Mela scripsit. Credo tamen et extra ordinem eum compellendum* (*fr.* 14. § 2. *de relig.* 11, 7) — *ex locato aut mandati. Solent plane Praefecti . . . extra ordinem juvare* (*Ulp. fr.* 1. § 18. *de ex. act.* 14, 1) — ferner *fr.* 8. *quod cum eo* (14, 5) und dazu Rudorff R. Rechtsg. II. § 60. Anm. 18.

5) *in factum actione petitori extra ordinem subvenitur: Paul. fr.* 43. *de rei vind.* (6, 1).

6) Bekker *l. c.* S. 198. Anm. 35.

7) z. B. in *fr.* 12. *pr. de relig.* (11, 7): *non tamen hoc rescriptum etiam actionem civilem inducit, sed extra ordinem interpelletur.* So ist wohl auch *fr.* 8. § 2. *eod.* zu verstehen: *Praetor judicium dat et erit extra ordinem plectendus.*

8) s. Cursus § 381. Anm. 1. — 9) Cursus § 540. Abs. 2. *Fr.* 2. *de usufr. ear. rer.* (7, 5).

10) z. B. Cursus § 940 a. E.

structionen der kaiserlichen Jurisprudenz eine ähnliche Rolle gespielt hat, wie vordem die Fiction und die *utilis actio* im *jus honorarium.*

## IV.

## Particuläres *jus gentium.*

Zu § 340] Von einem dem *jus Romanorum* coordinirten, d. h. allgemeinen und als ein Reichsrecht geltenden, *jus peregrinorum* konnte jetzt immer weniger mehr die Rede seyn, denn das Verhältniß der röm. Bürger ward an Zahl so überwiegend, daß die Peregrinen die Ausnahme bildeten. Entschieden war dies seit Caracalla der Fall. Allein auch sachlich hatte das peregrinische *jus gentium* aufgehört, eine eigene Rechtsmasse darzustellen, seitdem Alles, was dieses *jus gentium* an allgemeinem und bleibendem Werth hatte, durch die Römersitte, den Prätor und die Jurisprudenz dem System des römischen Rechts zugeführt und einverleibt worden war[1]. In dem *jus militum,* welches jetzt als zweite Hemisphäre des Reichsrechts aufkam, waren vollends alle nationalen Bande gesprengt: seitdem konnte *jus gentium* nur noch als particuläres Provinzial- und Localrecht in Frage kommen. Wir treffen in den Abhandlungen und Gutachten der classischen Juristen gar nicht selten auf Andeutungen particularrechtlicher Phänomene[2], allein sie haben für das Verständniß der damaligen Verkehrswelt keinen andern Werth, als die kleinen, fliegenden Wolkenschatten, welche über ein sonniges Hochland den Reiz des spielenden Wechsels streuen. Es zeigen sich hier und da barbarische Sitten, welche kaum etwas Mehreres als verschwindende Dissonanzen im großen röm. Völkeraccorde sind, und nur etwa Aegypten mit seiner geologischen Eigenthümlichkeit und politischen Ueberlieferung behauptete noch das Ansehn eines Gestirns, welches nicht bloß von der röm. Centralsonne Licht empfing, sondern Quelle eignen Lichtes war.

Es hat kein speciell juristisches, sondern mehr nur ein culturgeschichtliches Interesse, zusammenzustellen, welche particularrechtlichen Regeln noch im Reiche bestehen blieben; theils waren es einheimische Gewohnheiten, theils ausdrücklich gewährte kaiserliche Privilegien. Dahin gehörten das im proconsularen Edikt begründete Privileg Bithyniens, welches den Gemeinden einen Concursvorzug gewährte[3], das von August an Nicaea verliehene Privileg, vacante Erbschaften der Bürger an sich zu nehmen[4], die Zulässigkeit der Ehe mit der Wittwe des Bruders in Aegypten[5], die Polygamie der Juden[6], die Capitalstrafe gegen *lapidum positio* in Arabien und *chomatum ruptio* in Aegypten[7].

Im Großen und Ganzen war an die Stelle des Gegensatzes von *jus Romanorum* und *peregrinorum* der des *jus militum* und *privatorum* getreten[8].

---

1) Vergl. v. Bethmann-Hollweg Röm. Civilpr. II. S. 15. 134.

2) s. oben (Excurse) S. 342. 344. *Gai.* 3, 96: *Apud peregrinos quid juris sit* (bei Vertragsschlüssen?), *singularum civitatium jura requirentes aliud in alia lege reperiemus. Mod. fr.* 32. § 6. *de adm. tutor.* (26, 7): *ex civitate, in qua usitatum erat etc. Gai.* in *fr.* 6. *de eviet.* (21, 1): *consuetudo regionis.*

3) *Plin. Ep.* 10, 108. 109. — 4) *Plin. Ep.* 10, 87. — 5) *c.* 8. *de inc. nupt.* (5, 5).

6) *c.* 7. *de Judaeis* (1, 9).

7) *fr.* 9. 10. *de extrao. crim.* (47, 11). Vergl. Voigt das *jus naturale* und *gentium* d. Römer II. S. 766—839. — 8) Vergl. Cursus § 360.

## XXXVII. Kapitel.

### V. Rechtspflege.

(Zu § 841–857).

### I.

### Der Criminalproceß in der Kaiserzeit.

A. Die Capitalgerichtsbarkeit über Hausangehörige, welche von den Familienhäuptern unter Zuziehung der Verwandtschaft geübt wurde, ging in der Kaiserzeit an den Senat über[1]; doch ward den Familienhäuptern und Cognaten eine gewisse Mitwirkung auch fortan eingeräumt[2], und Tödtung eines (eignen) Hauskindes galt nicht als *paricidium*. In minder schweren Fällen blieb das häusliche Zuchtrecht anerkannt. Dagegen ward den Privaten die Capitalgerichtsbarkeit über ihre Sklaven genommen[3], und Ant. Pius stellte die willkürliche Tödtung des eignen Sklaven der eines fremden gleich[4].

Die bereits sehr eingeschränkte Criminalgerichtsbarkeit[5] der Comitien ging an den Senat, kaiserliche Beamte und den Princeps selbst über. Indem nicht selten von dem Letzteren solche Fälle, die eigentlich vor eine (vom Senat anzuordnende) *quaestio extraordinaria* oder vor eine der *quaestiones perpetuae* gehörten, dem Senat zur Entscheidung überwiesen wurden, gestaltete sich eine gewisse Criminalcompetenz dieser Behörde. Dieselbe erstreckte sich 1) auf völkerrechtliche und hochverrätherische Fälle (Bundesbruch, Aufruhr in Italien, Majestätsverbrechen gegen das Kaiserhaus); 2) auf Amtsmißbrauch, Erpressung, Bestechung u. s. w.; 3) auf alle Anklagen wider Mitglieder des Senatorenstandes[6]. Bald kam die Provocation vom Senat an den Princeps auf[7], und seit Trajan verkümmerte die Competenz des Senats; nur seine Standesjurisdiction erhielt sich bis ins 3. Jahrh.[8]

Die durch die *leges Juliae* erheblich vermehrten *quaestiones perpetuae* mit ihren Prätores und Richterdecurien[9] blieben für Rom, Italien und die Provinzen alten Datums in Wirksamkeit; doch erfuhren sie wegen ihrer Schwerfälligkeit Einschränkung durch die kaiserlichen Gerichte. So kommen sie noch in der Zeit der classischen Juristen vor[10].

Den republikanischen Beamten ging das *jus gladii* und die *animadversio major* verloren; dagegen erhielten der *Praefectus Urbi* über Rom und den Umkreis bis auf 100 Meilen, der *Praefectus Praetorio*, später die *Correctores* über Italien, in den Provinzen der *Praeses* oder *Procurator* (*vice Praesidis*) die höhere Criminaljustiz[11]. Daneben entschied auch der Princeps selbst unmittelbar auf Vortrag der Statthalter; Deportationsstrafe über vornehme Private und höhere Beamte zu verhängen, behielt er sich überhaupt vor, und außerdem war er für alle Fälle oberste Appellationsinstanz mit dem Recht der Strafmilderung und -Schärfung[12].

Das alte Anklageprincip galt auch jetzt noch als Regel[13]. Mit dem

---

1) *Senec. de clem.* 1, 15; *Tac. Ann.* 2, 50; *Suet. Tib.* 35; *fr.* 5. *si a par.* (37, 12).
2) *c.* 3. *de patr. pot.* (8, 47). — 3) *Spartian. Hadr.* 17.
4) *Gai.* 1, 53. Vergl. Rudorff R. Rechtsg. II. § 99. — 5) s. oben (Excurse) S. 246.
6) *Dio C.* 52, 31; 53, 33; *Tac. Ann.* 3, 12. 66. — 7) *Tac. Ann.* 6, 5.
8) *Spartian. Sev.* 7. *Dio C.* 74, 2. — 9) s. oben (Excurse) S. 247.
10) *Plin. Ep.* 5, 21; *Quinct* 3, 10, 1; *fr.* 1. *pr. de offic. ej.* (1, 21). Vergl. Rudorff I. § 30 a. E. § 39. II. § 103. — 11) *Collat.* 14, 2. 3.
12) *fr.* 6. § 8. *de injusto* (28, 3); *fr.* 15. § 1. *de int.* (48, 22); *fr.* 1. *pr. quando app.* (49, 4). Vergl. Rudorff II. § 104.
13) *Gallican. Avid. Cass.* 2; *fr.* 6. § 2. *de muner.* (50, 4).

Tode fiel jede Strafe hinweg, außer der *damnatio memoriae* und fiscalischen Confiscation bei Majestätsverbrechen[1]. Gegen Sklaven trat zufolge eines Senatsconsults vom Jahre 7 n. Chr. die criminalprocessuale Fiction der Freiheit ein, und im Mangel einer ordentlichen Strafe ward dann zu einer außerordentlichen gegriffen[2]. — Die Oeffentlichkeit blieb im Ganzen bestehen, nur bei Capitalsachen der Senatoren ward sie im kaiserlichen Consistorium bisweilen beschränkt[3]. Den Anfang des Verfahrens machte auch jetzt noch die *postulatio* d. h. der Antrag auf Zulassung der Anklage; dann folgte die *delatio nominis* (*s. inscriptio*), d. h. die Bezeichnung des Angeklagten und des Verbrechens, und die *subscriptio*, d. h. specielle Angabe der Thatsachen der Anklage. Beides pflegte aber jetzt in der Ueberreichung eines *libellus inscriptionis* vereinigt zu werden, was nunmehr *in crimen subscriptio* genannt wurde. Diese Erklärung des Eintretens gab der Ankläger nebst seinen etwaigen Gehülfen ab; sie bestand nicht in bloßer Namensunterschrift[4]. Durch die darauffolgende *nominis receptio* ward das Verfahren definitiv constituirt. Mit Ausnahme einiger Verbrechen, die nur 5 Jahre lang der Bestrafung ausgesetzt seyn sollten, galt 20jährige Verjährung[5].

B. Strafrechtlich sind fünf Classen von Personen zu unterscheiden: nämlich 1) die Mitglieder des Senatorenstandes (s. oben), 2) die *milites* (und *veterani*), 3) die Vornehmen (*Honestiores*), 4) die niedere Volksmasse (*Humiliores*) und 5) die Sklaven. — Die *poenae militum* waren besonders: Todesstrafe durch das *fustuarium supplicium* der Kameraden oder Beil der Lictoren, *ignominiosa missio* und Disciplinarstrafen[6]. — „In der vorchristlichen Kaiserherrschaft wird das Strafrecht wesentlich von einer socialen Scheidung getragen, die in der republikanischen Jurisdiction der *Triumviri capitales* kaum im Keime vorgebildet war. Die neue Staatsordnung hatte die Gesellschaft in die beiden großen Classen der höheren und niederen Stände zersetzt. Die „*Honestiores*" sind durch Herkunft, Amt, Rang, Besitz mit der Kaiserherrschaft verflochten, ihr Kern ist die (anfangs) republikanisch gesinnte Aristokratie des Senatorenstandes, dem sich die Befehlshaberschaft des abhängigen Heeres und der Municipaladel der gedrückten Gemeinden anschloß. Ihnen gegenüber stand die große Masse der *Humiliores*, um so drohender und gefürchteter, je gehässiger und vereinzelter die Stellung ist, welche rein äußerliche Rangunterschiede ohne entsprechende politische Selbständigkeit den bevorrechteten Classen anzuweisen pflegen. Nirgends tritt die Ungleichheit bei den Kategorien vor dem Strafgesetze und dem Strafrichter schroffer hervor, als in der Strafe"[7].

Sklaven waren der Folter ausgesetzt. „Ordentlicher Weise sollte die Folter eines Sklaven nur in eigener Sache oder im Strafproceß des Herrn angewendet werden, allein das Edikt August's vom Jahre 8 n. Chr. ließ in schweren Capitalfällen auch das Foltern fremder Sklaven geschehen. Freie durften nach republikanischem Rechte weder als Angeklagte noch als Zeugen gefoltert werden[8]; in der Kaiserzeit wurde dies ein Vorrecht der höheren Classen, und selbst diese blieben bei dem Majestätsverbrechen gegen die

---

1) *extinguitur crimen mortalitate*: *fr.* 11. *ad leg. Jul. maj.* (48, 5); *fr.* 20. *de poen.* (48, 19); *fr.* 20. *de accus.* (48, 2); § 5. *J. de her. lib. int.* (3, 1).
2) Rudorff II. § 127. — 3) Rudorff I. § 132 a. E.
4) Bruns die Unterschriften i. d. röm. Rechtsurkunden (1876) S. 54—60.
5) Rudorff I. § 52. II. § 129.
6) *fr.* 3. § 1. *de poen.* (48, 19); *Tac. Ann.* 3, 21; *Val. Max.* 2, 7, 6. Vergl. Rudorff II. § 126.
7) Rudorff II. § 98. — 8) *fr.* 1. § 9. 10; *fr.* 15. *de probat.* (22, 3).

Person des Princeps und verwandten Unternehmungen nicht verschont"[1]. Die Entstehung des Rechtssatzes, daß durch Verurtheilung zu schweren Strafen eine *servitus poenae* begründet werde, gehört gleichfalls der Kaiserzeit an: hiernach hörte ein verurtheilter Sklave auf, seinem Herrn zu seyn[2].

## II.

## Die Proceßobligation.

Zu § 349] A. Aller Verkehr ist ein Austausch der Güter und Wettstreit der Interessen; darum je energischer die Nationalität, um so streitbarer müssen auch die Formen der Geltendmachung dieser Interessen seyn. Verkehr und Proceß waren ursprünglich in Rom nahezu identisch gewesen[3]; dann hatten sich Friede und Krieg geschieden, und der Proceß war seine eigne Bahn gegangen. Alle Elemente streitbarer Lust lagerten seitdem im Processe sich ab[4]. Der Civilproceß war das Kriegswerk im Frieden, das Turnier der röm. Bürger, welche im Sommer ihre Feldzüge machten und im Winter dem Kriegsspiel oblagen: die Processe waren ihre Wett- und Ringkämpfe im Winter; denn immer strotzt die naive Volkskraft von einem Uebermaß von Energie, welches im Spiel sich Luft macht und hart an den Ernst streift. So war das Processiren ein wichtiges und beliebtes Geschäft der Bürger und konnte als noble Passion gelten; die juristische Plastik der Römer hat darum den Civilproceß zu einer der interessantesten Schöpfungen des antiken Geistes ausgeprägt. Zuerst lehnte sich der Civilproceß an den Typus des Sachenrechts an, dann aber, als alles sich mobilisirte, nahm auch der Civilproceß eine obligationsmäßige Wendung, und in demselben Maaße, als er aus der Conventionalmaxime zur Instructionsmaxime überging, nahm er mehr und mehr das Gepräge der Obligatio an[5]. Die Obligatio ward der civilistische Typus des röm. Civilprocesses im Formularverfahren. Aber freilich, diese Proceßobligation konnte, sachlich betrachtet, im Grunde nur eine Form, ein Gewand seyn, in welches das Rechtsverhältniß, indem es in Streit gezogen wurde, eingekleidet erschien; sie war gewissermaaßen das *sagum*, welches dem Rechtsverhältniß umgethan wurde; so wurde die *res* zur *lis*, das *commercium* zum *judicium*.

In die Form einer Obligatio läßt sich jedes Vermögensverhältniß bringen, die Obligatio ist dann eben nur eine Form. Allein die Römer machten doch mit dieser Idee Ernst, und daher kam es, daß, wo die *res in litem deducta* selbst eine Obligatio war, die Wissenschaft mit besonderer Präcision und Eleganz die Folgerungen der Idee der Proceßobligation abzuwägen und auszufeilen hatte. Diese Idee zur wissenschaftlichen Reife gebracht zu haben, ist eines der Hauptverdienste der classischen Jurisprudenz, die Civilproceßobligation eines der interessantesten Monumente der antiken Welt, und nirgends so schön, wie hier, läßt sich der Fortschritt der civilistischen Eleganz studiren, durch welchen die Jurisprudenz der Kaiserzeit ihre Vorgängerschaft, die *Veteres*, überflügelte[6].

B. Auf vier hervorragende Punkte des Proceßphänomens mußte der Blick gerichtet werden: 1) die Rückwirkung des Processes auf das geltend

---

1) Rudorff II. § 133.

2) *servus sine domino: fr.* 8. § 12. *de poen.* (48, 19). Vergl. Rudorff I. § 123. Dazu Hoeck Röm. Gesch. I. 1. S. 403 ff. und Gelb Gesch. d. röm. Crim.-Pr. S. 393 ff.

3) s. Cursus § 93. 148. — 4) s. oben (Excurse) S. 181. 251.

5) s. oben (Excurse) S. 254. — 6) Vergl. oben (Excurse) S. 256.

gemachte Rechtsverhältniß, 2) die neue Grundlegung zum Austrag des Streites, 3) die Salvirung gewisser Elemente des geltend gemachten Rechts und 4) die Zusammenfassung des Zeitraumes, welchen die Aufeinanderfolge der Proceßakte anfüllt, in einen entscheidenden Punkt. Es ist das Verdienst v. Keller's[1], namentlich die zwei ersten Punkte gewürdigt und dogmatisch verarbeitet zu haben, in einer Weise, die trotz mancher Mängel[2] für alle Zeiten maaßgebend bleiben wird. Keller hat diese zwei Punkte als die negative und die positive Function der Litiscontestation bezeichnet, worin ihm von Bethmann-Hollweg[3] folgt. Auch v. Savigny[4] verkennt diese Function keineswegs, denn er sagt: „Auf zweierlei Weise greift die L.-C. in das bestehende Rechtsverhältniß ein: nach der Vergangenheit und nach der Zukunft. Nach der Vergangenheit, indem die vorhandene Klage *in judicium* deducirt und dadurch consumirt, d. h. für jede neue Verfolgung unbrauchbar gemacht wird; nach der Zukunft, indem die L.-C. eine wesentliche Modification für den Inhalt des künftigen Urtheils begründet". Vorzugsweise aber lenkt Savigny[5] unsern Blick auf den vierten Punkt, d. h. auf die Gestalt des Processes als eines schwebenden Verhältnisses, denn er sagt: „Indem nunmehr die Wirkungen der L.-C. dargestellt werden sollen, sind dieselben an den Grundsatz anzuknüpfen, nach welchem die Aufgabe dieses Rechtsinstitutes auf die Ausgleichung der nachtheiligen Folgen geht, welche aus der an sich nicht wünschenswerthen, aber unvermeidlichen Dauer des Rechtsstreits entspringen". Savigny ergänzt hiermit gewissermaaßen die Keller'sche Construction. Keller ist der Idee der Litispendenz nie ganz gerecht geworden; indem er auch dem Urtheil eine novatorische Kraft beilegte, verflachte er die Bedeutung der L.-C. und verzerrte die Gestalt der Proceßobligation; die L.-C. ist nicht aus der *res judicata,* sondern diese aus jener zu erklären. Savigny selbst war hier auf der falschen Fährte gewesen[6], allein er corrigirt sich später[7] unter Berufung auf Wächter[8], indem er sagt: „Insbesondere muß ich auch jetzt die neue Novation aufgeben, die ich früher als im Urtheil liegend angenommen habe, verleitet durch die Fassung des alten Rechtssprüchworts bei Gaius[9]. — Der praktische Erfolg ist hier auch gewiß derselbe, wie bei einer wirklichen Obligation, indem der Kläger nicht mehr sein früheres Recht neben dem Urtheil und wider dasselbe geltend machen kann. Nur bezweifle ich, daß jemals ein alter Jurist den Ausdruck *novatio* von dem Urtheil gebraucht haben möchte; die Tilgung *ipso jure,* die der eigentliche Karakter der Novation ist, war ja mit der L.-C. schon vollendet, und für eine neue Novation war kein Raum vorhanden". Indem nun aber Savigny[10] vorzugsweise die Litispendenz ins Auge faßt, verliert er gleichsam den durch Keller gelegten Boden unter den Füßen: die Savigny'sche Idee eines fingirten Vertrags, welcher in der L.-C. enthalten seyn soll, und wogegen schon Donellus[11] sich erklärt hatte, trägt ein geschraubtes Wesen in das Proceßbild hinein und verführt zu mißbräuchlicher Verbindung der L.-C. mit der *stipulatio judicatum solvi;* das Consumtionsdogma (s. oben sub 1) wird in einer viel zu engen Bedeutung gefaßt, und dadurch das Proceßbild

1) Litiscontestation und Urtheil (1827) § 7—23.
2) s. v. Bethmann-Hollweg Civilproc. II. S. 494. Anm. 39.
3) a. a. O. S. 510. 512. — 4) System VI. S. 23. — 5) *l. c.* S. 48.
6) System V. S. 325. — 7) System VI. S. 26.
8) Erörterungen a. d. röm., deut. u. württemb. Privatr. (1846) Heft 3. S. 47.
9) *Gai.* 3, 180 und *fr.* 29. *de nov.* (46, 2). — 10) System VI. § 260—279.
11) *Comm. jur. civ. XII*, 14. § 6—9.

unvollständig[1]; endlich kommt Savigny an anderen Orten[2] auf die *res judicata* in einer Weise zurück, daß es scheint, als ob er derselben noch immer eine selbständige und gleichsam schöpferische Bedeutung beilege.

So blieb denn der Doctrin manche Zweifelhaftigkeit zu beseitigen übrig. In neueren Schriften ist dies insoweit gelungen, daß wir nun ein im Ganzen zutreffendes und lehrreiches Bild von der antiken Proceßobligation und Proceßnovation besitzen[3].

C. Es sind zunächst die zwei Ideen der processualen Obligation und der processualen Novation, mit welchen zu operiren ist. Diese an sich civilistischen Figuren treten hier als Proceßphänomene auf, und es ist klar, daß eine solche Anwendung oder Transposition nicht ohne erhebliche Modificationen zu bewerkstelligen war. Eine Proceßobligation ist eben keine Verkehrsobligation, eine Proceßnovation keine einfache Geschäftsnovation, denn Krieg ist nicht Frieden, das *sagum* keine *toga*, und der Proceß nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck; der Proceß dient dem Verkehr, er ist eine Episode, und seine Aufgabe muß sich in vorübergehenden Thatsachen erschöpfen. Der Civilproceß war mithin eine durch diese Aufgabe modificirte Obligation und Novation, und die Frage drängt uns, in welchen Momenten diese Modificationen hervortreten.

Da treten uns zwei ältere Parömien und zwei spätere Rechtssätze entgegen[4]: 1) *vetus proverbium, ne bis de eadem re sit actio*[5], 2) *apud Veteres scriptum, debitorem post litem contestatam condemnari oportere*[6], 3) Gaius' Satz: *actio judicio inclusa salva permanet*[7] und 4) Julian's Satz: *causa ejus temporis, quo lis contestabatur, repraesentari debet actori*[8]. Diese vier Sätze fassen das, worauf es im Civilproceß ankommt, gewissermaaßen von der äußeren und materiellen Seite auf; so scheinen sie unvermittelt neben einander zu stehen; allein wenn sie in ihre Wurzeln verfolgt werden, ergibt sich ihr Zusammenhang. Sie sind im Grunde der mehrseitige Ausdruck des einen plastischen Zuges, welcher durch den Organismus des röm. Civilprocesses hindurchgeht. Keller[9] hat denselben eine „rechtliche Verarbeitung des Klagrechts", Rudorff[10], die positive Function mehr betonend, eine „Umbesserung der Lage des Klägers", oder eine „Rechtsverjüngung", und v. Bethmann-Hollweg[11] eine „Umgießung in eine andere obligatorische Form" genannt. Es soll damit zunächst im Allgemeinen ausgedrückt werden, daß der röm. Civilproceß[12] civilistisch influirt und eingreift in das geltend gemachte Rechtsverhältniß, so daß dieses

1) Savigny System VI. S. 29. 307.

2) z. B. System VIII. S. 510 und Oblig.-R. I. S. 191.

3) Vergl. Buchka Einfluss des Processes (1846. 1847). Römer d. Erlöschen d. kläg. Rechts nach der Einl. d. Proc. (1852). v. Keller Röm. Civilprocess § 59—62. Bekker d. process. Consumtion (1853) S. 8 ff. Kuntze die Obligation und Singularsuccession (1856) S. 180—186. 210—217. Rudorff II. § 71. 78—81. Krüger Processual. Consumtion und Rechtskraft (1864) § 9. v. Bethmann-Hollweg II. S. 483—529.

4) s. Cursus § 350—2.

5) *Cic. Lael.* 22; *Quinctil.* 7, 6, 4. Vergl. Cursus § 265.

6) *Gai.* 3, 180. Vergl. Cursus § 266. — 7) *Gai.* in *fr.* 139. *de R. J.*

8) *fr.* 91. § 7. *de leg. I.*, was auch so ausgedrückt wurde: *post litem contestatam actori causa praestanda est* (Papin. in *fr.* 3. § 1. *de usur.* 22, 1) oder: *puto hoc nos jure uti, ut post judicium acceptum causa omnis restituenda sit, i. e. omne quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset* (Paul. in *fr.* 31. *pr. de reb. cr.* 12, 1). Dazu Gai. in *fr.* 20. *de rei vind.* (6, 1) und in *fr.* 19. § 7. *de usur.* (22, 1).

9) Civilproc. § 60. — 10) R. Rechtsg. II. § 71. 81. — 11) R. Civilproc. II. S. 488.

12) Anders als unser heutiger Civilprocess, welcher kein civilistisches, sondern ein publicistisches Phänomen ist, und daher keine innere Metamorphose der *res in litem deducta* zu Wege bringt, vielmehr nur in ein äusserliches oder mechanisches Verhältniss zu derselben tritt und sich neben und ausserhalb derselben abspinnt.

organisch umgebildet und gewissermaaßen erneuert wird. So weit der Civilproceß reicht, so weit durchdringt er das fragliche Recht: das Rechtsverhältniß wird ein Streitverhältniß, das Recht empfängt seine Wehr und Rüstung, und diese Einkleidung und Ausstattung ist zugleich eine innere Veränderung und Kräftigung. Der Proceß verbirgt und trägt in sich die Seele des verfolgten Rechts, rettet und sichert also den in der Rüstung verborgenen Körper, indem er denselben erneuert und verjüngt. So erscheint m. e. W. das Proceßphänomen als eine Verwandelung des Rechtsverhältnisses. Es ist aber selbstverständlich, daß diese Verwandelung sich auf die durch den Proceß selbst gegebenen Grenzen beschränkt. Weil nun der Proceß ein Zusammenhandeln bestimmter Personen ist, so kann er wesentlich nur für diese selbst eine umbildende Bedeutung haben, d. h. die Umbildung ist relativer Natur und ergreift daher nicht das Rechtsverhältniß, wenn dieses den Karakter absoluter Dinglichkeit hat, völlig, d. h. nicht das dingliche Recht selbst, sondern nur der daraus entspringende Anspruch[1] gegen das bestimmte Proceßsubjekt wird umgebildet. So nimmt der über ein dingliches Recht erhobene Proceß in der That einen obligationsähnlichen Karakter an, und es läßt sich recht wohl hier von einer Proceßobligation reden, welche im röm. Recht noch darin ihren karakteristischen Ausdruck fand, daß der Proceß immer der *pecuniaria condemnatio* zustrebte. Weit tiefer aber noch greift folgeweise der Civilproceß in Obligationen ein, die ja gewissermaaßen sich in der Klage erschöpfen und dem Proceß homogene Existenzen sind. Daher ist das Bild einer *obligatio in litem deducta* ein ganz besonders prägnantes, und hier spitzen sich die Consequenzen der Proceßobligation ins Allerfeinste zu. Für die *obligatio*, vornehmlich für die *actio in jus concepta* im *judicium legitimum*[2], aber dann auch im *judicium imperio continens*[3], ist der Civilproceß in Wahrheit eine civilistische Verwandelung, und dieses Phänomen ist durch die ganze Organisation des classischen Civilprocesses so mit Nothwendigkeit gesetzt, daß es eine fast unbegreifliche Philisterhaftigkeit ist, nicht zu sehen, daß das prätorische Exceptionensystem im Grunde ganz dasselbe leistet, und die Idee der processualen Novatio durch die Idee der processualen Obligatio nicht bloß unter gewissen, sondern unter allen Umständen bedingt und gefordert ist.

D. Das Wesentliche der (civilistischen) Verwandelung ist, daß das Rechtsverhältniß so, wie es im Streitbeginn dargestellt und solenn zusammengefaßt ist, geläutert und fixirt wird, um mit neuem Körper[4] überkleidet, und so salvirt, verjüngt und verewigt zu werden. Geht der Streit in Sieg über, so ist die Umkörperung und Umgestaltung zugunsten des Klägers entschieden und vollendet; es ist aber eine Durchgangsstufe, und mithin der Proceß ein Verhältniß der Spannung[5]: dies muß in Rechnung kommen, wenn die Entscheidung da ist. — Diese Wesenheit des Civilprocesses stellt sich in vier Dogmen der classischen Jurisprudenz deutlich dar, welche kurz als das Consumtions-, Regenerations-, Inclusions- und Repräsentationsprincip bezeichnet werden mögen. Eingehendere Erörterungen dürfen ergeben, daß die Ausbildung des ersten hauptsächlich ein Verdienst der Proculianer, die des vierten ein Verdienst der Sabinianer, und die Vervollkommnung des dritten durch Benutzung der Idee der Naturalobligation ein Verdienst der versöhnten classischen Jurisprudenz war.

---

1) Vergl. Cursus § 471. Abs. 2. — 2) *Gai.* 3, 181; 4, 107. — 3) s. Cursus § 236.
4) schliesslich mit der *actio judicati: Gai.* 4, 180. — 5) s. unten sub 4).

1. Consumtion. Wie die Novation sich logisch in die zwei Seiten einer Rechtsaufhebung und Rechtsbegründung zerlegen läßt, so auch der Civilproceß. Wir ergreifen ihn zunächst von der ersten Seite, in seiner negativen Function; hier erscheint er als eine verzehrende, läuternde, abschließende, excludirende Kraft. Dies ist ein Vortheil des Beklagten. Der Beklagte darf nicht willkürlich, sporadisch, tropfenweise behelligt werden; ein Proceß soll eine Summirung und Abrechnung und die Lit.-Cont. der Anfang des wirklichen Endes seyn[1]. Es ist nicht leicht, die widerstreitenden Interessen der Proceßgegner in organisches Gleichgewicht zu bringen. Zuerst handelt es sich um einen Punkt formalen Gleichgewichts: Kläger hat den Vortheil des Angriffs, er wählt Zeit, Form und Maaß; dafür ist Beklagter frei von der Last und dem Risico der Beweisführung. Wichtiger sind für unsere Betrachtung hier folgende zwei materielle Punkte: a) der Beklagte wird sicher gestellt gegen willkürliche Wiederholung und Ergänzung des Anspruchs; dagegen wird dem Kläger aller Inhalt und Anhang seines Anspruchs gewährleistet und für den Fall des Sieges dessen Frucht auf die Dauer gesichert[2]. b) Kläger soll alles haben, was er ohne Störung und Verzögerung hätte haben können, aber auch Beklagtem soll das Interim zu Gute kommen, wenn Veränderungen eingetreten sind, die zu seinen Gunsten reden. Die Gleichgewichtsmomente sub a) zeigen uns das Nebeneinander des Consumtions-, Regenerations- und Inclusionsdogma, diejenigen sub b) unterfallen dem Repräsentationsdogma.

Der Civilproceß consumirt den Anspruch: dies ist der stehende Ausdruck in den Quellen, und in ihn ist das Proverbium „*ne bis de eadem re sit actio*“ (zum Theil wenigstens) übergegangen. Der Uebergang ist noch zu erkennen in einem von Julian behandelten Falle der *institoria actio utilis*, worüber Ulpian[3] berichtet, und die (zwei Wendungen verbindenden) Worte gebraucht werden: *licet consumta est actio, nec amplius agere poterit, tamen sq.*[4] Nicht selten wird das *in litem deducere* mit dem *consumere* so verbunden, daß man erkennt, die Consumtion gelte als eine wesentliche Kraftäußerung des Civilprocesses oder der Lit.-Cont.; so sagt Julian: *si petierit, non consumet stipulationem*[5], Papinian: *facit, ut res in judicium deducta videatur, et stipulationem consumit*[6], und Ulpian: *an, qui hac actione egit, sortis obligationem consumat?*[7]

Diese Consumtionswirkung ist aber in doppelter Beziehung genauer zu bestimmen: a) Es ist darunter nicht bloß die directe Beseitigung der *actio ipso jure*, sondern auch die indirecte *ope exceptionis* begriffen. So sagt Gaius: *adhuc ei potestas agendi superest re in judicium deducta et per exceptionem peremta*[8]; Ulpian: *consumi alteram actionem per alteram, exceptione in factum opposita*[9]; Paulus: *altera electa alteram consumi*[10]. Ausdrücklich faßt Paulus beide Arten der Consumtion zusammen: *altera actio alteram peremit aut ipso jure aut per exceptionem*[11], und Scaevola reducirt diese Formel auf den Novationsbegriff: *cum genere novationis transeat*

---

1) s. Cursus § 265. — 2) v. Bethmann-Hollweg II. S. 525.
3) in *fr.* 13. *pr. de inst. act.* (14, 3).
4) Ebenso bei *Gai.* 3, 130: *protinus totius illius juris obligatio per litiscontestationem consumitur, ut postea agere nobis volentibus nulla supersit actio*, und in § 10. *J. de except.* (4, 13): *nec post tempus olim agere poterant, cum temere rem in judicium deducebant et consumebant.*
5) *fr.* 18. *de O. et A.* (44, 7). — 6) *fr.* 66. *de procur.* (3, 3).
7) *fr.* 18. § 3. *de pec. const.* (13, 5). — 8) *Gai.* 4, 123.
9) *fr.* 14. § 13. *quod metus c.* (4, 2). — 10) *fr.* 34. *pr. de O. et A.* (44, 7).
11) *fr.* 34. *cit.* § 2.

*obligatio, fidejussorem aut jure aut exceptione liberandum*[1]. Die praktische Leistung der *consumtio actionis* zeigte sich darin, daß der mit nochmaliger Klage Auftretende *ipso jure* den Proceß verlor, bez. der Beklagte sich mit der *exceptio rei in litem deductae* oder *rei judicatae* (falls der erste Proceß bereits entschieden war) wehren konnte[2].

b) Es ist darunter keine eigentliche Vernichtung, sondern nur eine Zurückdrängung und Verdeckung zu verstehen. Zwar wird von Julian und Ulpian[3] der Ausdruck *consumere* identisch mit *perimere* gebraucht, womit Venulejus[4] die zerstörende Wirkung der *acceptilatio* bezeichnet; allein sollte das wörtlich genommen werden, so würde der Kläger erhebliche Beeinträchtigung erfahren, und der Staat, indem er die Gunst des Rechtsschutzes gewährt, dem Berechtigten unbillige Opfer ansinnen. Dem Kläger muß die Füglichkeit bleiben, sein Sachenrecht aus anderen Gründen und gegen andere Personen durchzufechten, und dem Gläubiger müssen die zur ursprünglichen Obligatio gehörigen Accessionen gewahrt werden[5]. In diesem Punkte setzt das sub 3. zu betrachtende Inclusionsprincip ein.

2. Regeneration. Gleichwie die rechtsgeschäftliche Novation zugleich consumirt und producirt, so auch die Proceßnovation: dieselbe consumirt nicht bloß, sondern ponirt auch und ist insofern schöpferisch; sie substituirt eben an Stelle des geltend gemachten Anspruchs die Proceßobligation, ein neues auf sich selbst gestelltes, nach eigenen Regeln (eben den Proceßregeln) verlaufendes Rechtsverhältniß. Die neue (bedingte) Obligation entspringt aus der Litiscontestation. In dieser Obligation umfaßt der Eigenthumsanspruch nun vielleicht außer der *res ipsa* allerhand, was zur *omnis causa* (*rei*) gehört (Entschädigung, Ersatz, Accessionen), umfaßt der Forderungsanspruch vielleicht auch Zinsenansprüche, oder wandelt sich in einen Geldanspruch, wenn er vorher auf Naturalleistung ging. Dabei sind *dolus* und *culpa, bona* und *mala fides,* also subjektive Elemente, von Einfluß[6]. Es ist hierin ein Ersatz geschaffen für das Consumirte, dieses Neue ist oft anders geartet an Inhalt und Umfang, als das Consumirte, völlige Gleichheit des Neuen mit dem Alten ist nur zufällig: eine Verwandelung, Umgestaltung ist vollzogen. Und diese Verwandelung erscheint vielfach zugleich als Kräftigung des Anspruchs, was Paulus so ausdrückt[7]: *neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes* (*lite contestata*), *sed meliorem; ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt,* d. h. verjährbare oder höchst persönliche Ansprüche erlangen mit der Litiscontestation größere Festigkeit, so daß sie unverjährbar werden und nicht durch Tod erlöschen, sondern auf die Erben übergehen[8]. Auch der Vindicationsanspruch des Eigenthümers wird gegen die inmittels eingetretene Usucapion des Beklagten geschützt, daher Paulus sagt[9]: *restituere is intelligitur, qui simul et causam actori reddit . . . id est usucapionis causam et fructum.*

---

1) *fr.* 60. *de fidej.* (46, 1). — 2) Rudorff II. § 79. v. Bethmann-Hollweg II. S. 489.
3) In *fr.* 5. *de fidej.* (46, 1). — 4) In *fr.* 31. § 1. *de nov.* (46, 2).
5) Vergl. Rudorff II. S. 79. Anm. 8. v. Bethmann-Hollweg S. 497. 510.
6) Vergl. z. B. § 2. *J. de off. jud.* (4, 17). — 7) *fr.* 29. *de nov.* (46, 2).
8) Dazu *fr.* 58. *de O. et A.* (44, 7); *fr.* 87. *de R. J. Paul.* in *fr.* 8. § 1. *de fidej. et nom.* (27, 7): *litiscontestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte* (*sc. ad et in heredes*) *et temporales perpetuantur. Ulp. fr.* 9. § 3. *de jurej.* (12, 2): *post litem contestatam perpetuatur obligatio.*
9) *fr.* 35. *de V. S.* An diesem Punkte wird man recht deutlich gewahr, wie zwischen den Parteien an die Stelle des geltend gemachten Rechts (Eigenthum) ein besonderes Rechtsverhältniss tritt; die laufende Usucapion wird zwar nicht eigentlich unterbrochen (*non interpellatur usucapio litiscontestatione: fr.* 2. § 21. *de rei vind.* 6, 1), und folglich usucapirt dann der Beklagte wirklich (und wird jedem dritten gegenüber Eigenthümer); allein der durch Litiscontestation begründete Restitutionsanspruch des

Die Verwandelung ist also Gewährung eines Aequivalents, oder gar Erweiterung und Kräftigung des Anspruchs, und indem dieser dauerhafter wird, kann man die Kraft der Litiscontestation als Verjüngung, Wiedergeburt, Regeneration des Anspruchs bezeichnen.

3. Inclusion. Es wurde schon bemerkt, daß die Consumtion nicht als eigentliche Vernichtung zu verstehen sei: das Eigenthum geht nicht unter, auch die *obligatio* wird nicht völlig zerstört, vielmehr wird ein Rest bewahrt, d. h. nicht processuell alterirt. Paulus nennt einmal[1] das *tignum junctum* ein *inclusum;* bekanntlich war dies ein schwebendes Verhältniß[2]; ähnlich sagt Gaius[3]: *Omnes actiones, semel inclusae judicio, salvae permanent.* Wir können mithin das hier in Frage kommende Moment der ganzen Transfiguration eine *inclusio* nennen. Nach dieser Anschauung wird die geltend gemachte Obligatio, indem sie ihrem bisherigen Körper entnommen wird, in einen neuen (processualen) Körper übergepflanzt. Wie der *defunctus* nach einer höheren und idealen Anschauung als beseelendes Princip in der *hereditas* (*jacens*) fortlebt, so der Kern der *in litem* deducirten Obligatio in der Proceßobligation. Diese Proceßobligation ward ehedem als ein *condemnari oportere* aufgefaßt, und vom Beklagten sagte man: *tenetur litiscontestatione*[4]; dann wurde geradezu eine *obligatio judicii* angenommen, und nun mußte deren Karakter deutlich bestimmt werden. Der Karakter der Proceßobligation aber war streng positiver Art, und also sie mit ihren Wirkungen auf die Region des Civil- und Honorarrechts (*ipsum jus* und *exceptio*) beschränkt, gleichwie auch die *cap. diminutio* nur die *agnatio* consumirte, *quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest*[5]. Hieraus folgte, daß, wenn es einen naturalen Bestandtheil, eine gleichsam unterirdische Wurzel oder einen verborgenen Kern der Obligatio gab, dieser außerhalb der Gerichtsschwelle blieb und unangetastet fortbestand. Also blieb die *obligatio in litem deducta jure naturali* (sammt ihren Accessionen) aufrecht und beseelte und bestimmte von Innen den im Werden begriffenen und durch den Proceßbeginn eingeleiteten neuen Körper. Deutlich spricht dies Papinian[6] aus: *naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est;* aber offenbar hat schon Julian diesen Satz begründet, denn sowohl Paulus[7], als Ulpian[8] berufen sich dafür auf jenen Classiker. Das Rechtsverhältniß ist hiernach dies, daß *„et civilis et naturalis subest obligatio"*, und dies eben sind die Worte Ulpian's in der zuletzt citirten Stelle. Diese *naturalis obligatio* überdauerte selbst die Sentenz, falls dieselbe ungerechtermaaßen freisprach[9], und nur einem liberatorischen Eide erlag sie, denn dieser als ein *religionis vinculum* hatte höhere Autorität als der positivrechtliche Proceßspruch[10] und ergriff den innersten Kern der Obligatio[11]. Von Werth war dieser Gedanke namentlich dadurch, daß er dogmatisch die Aufrechthaltung der Accessionen und Privilegien des geltend gemachten Anspruchs ermöglichte; ohne *naturalis obligatio* würden diese infolge der Consumtion unrettbar verloren seyn[12].

---

Klägers bleibt intakt, und folglich kann diesem gegenüber der unterliegende Beklagte von der Usucapion nicht Gebrauch machen, was die *fragm. Vatic.* § 12 so ausdrücken: *usucapio frustra complebitur anticipata lite.*

1) in *fr.* 63. *de don. i. v. et u.* (24, 1). — 2) s. Cursus § 129.
3) in *fr.* 139. *pr. de R. J.* — 4) *Gai.* 3, 180. — 5) *Gai.* 1, 158.
6) in *fr.* 50. § 2. *de pecul.* (15, 1). — 7) in *fr.* 60. *pr. de cond. ind.* (12, 6).
8) in *fr.* 8. § 3. *de fidej.* (46, 1). — 9) *fr.* 60. *pr. de cond. ind.* (12, 6).
10) *fr.* 2. *de jurej.* (12, 2). — 11) s. Schwanert Naturaloblig. S. 426. 439. 444.
12) *fr.* 18. 29. *de nov.* (46, 2).

Indem sich uns herausstellt, daß die Consumtion keine vollständige ist, kann die Litiscontestation auch nur eine unvollständige Novation genannt werden. Es kommt aber hinzu, daß das neue Rechtsverhältniß, d. h. die auf *condemnari oportere* gehende Obligatio, nur ein bedingtes, nämlich vom Ausgange des Beweises und Processes abhängiges ist. Wenn daher in den *fr. Vatic. § 263* die *lis inchoata* eine *novatio actionis* genannt wird, so muß doch mit Paulus hinzugefügt werden: *aliam causam esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt*[1]. Die *in litem deductio* ist in der That eine der *novatio* gleichartig organisirte Rechtsfigur, womit zusammenhängt, daß Papinian wie *in litem deducere*, so auch *in obligationem deducere* sagt[2]; und es ist kein leeres Spiel, wenn die röm. Classiker so oft und gern *acceptilatio, novatio, jusjurandum* und *litiscontestatio* zusammenstellen: aber die letztere ist eben eine qualificirte Novation, sie ist eine theils civile, theils prätorische Novation, sie ist eine unvollständig consumirende und vorläufig nur bedingte, d. h. bloße Hoffnung gewährende Novation.

4. Litispendenz und Repräsentation. In der Lit.-Cont. liegt der Ursprung der Proceßobligation, also auch der Rechtsgrund der Proceßnovation. Es wird durch jenen Akt bestimmt, daß Kläger und Beklagter das folgende Urtheil entscheiden lassen müssen: keiner kann fortan einseitig zurücktreten[3]; der Eine, der Andere hat die Folgen seines Unrechts, die Proceßstrafen, zu tragen, und ob er im Unrecht sei, bestimmt sich nach dem Moment der Lit.-Cont.[4] Da aber die formelle Entscheidung erst zukünftig und mithin von dem materiell entscheidenden Zeitpunkt zeitlich getrennt ist, so schwebt das Rechtsverhältniß (genau wie bei der *hereditas jacens*), und die kommende Entscheidung muß auf den Zeitpunkt der Lit.-Cont. zurückgreifen, die Zwischenzeit übersprungen werden (wiederum genau wie bei der *hereditas jacens*).

a) Zuerst bestimmt sich danach, was der siegreiche Kläger in der Execution verlangen kann: Alles, was er gehabt haben würde, wenn das Urtheil im Augenblick der Lit.-Cont. gesprochen und realisirt worden wäre! Diese Zurückdatirung des Proceßerfolgs bezeichnet Paulus mit *causae omnis restitutio*[5], Julian noch signifikanter mit *causae repraesentatio*[6], denn der Richter hat sich in den Zeitpunkt der Litiscontestation zu versetzen, als wäre dieser Zeitpunkt noch gegenwärtig. Wie aber, wenn Leistungsgegenstände inmittels ohne Schuld des Beklagten untergegangen sind? Nach strengem Recht würde auch hier der Beklagte dafür aufkommen müssen; die Sabinianer vertheidigten aber als der Billigkeit angemessen: *absolvi debere eum, cum quo actum est, quia aequum esset, naturalem interitum ad actorem pertinere*[7]; Gaius temperirte dies mit den Worten: *utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori*[8].

b) Hiervon lag die Frage[9] nicht weit ab, ob die kommende Entscheidung eine inmittels bewirkte Befriedigung des Klägers zu ignoriren oder zu

1) *fr. 29. de nov.* (46, 2). — 2) *fr. 95. pr. de sol.* (46, 3).

3) *sententiae se subdiderunt: Ulp. fr. 3. pr. jud. solvi* (46, 7).

4) s. Cursus § 268. 270. — 5) *fr. 31. pr. de reb. cr.* (12, 1).

6) *fr. 91. § 7. de legat. I.* Julian und nach ihm Ulpian brauchen das Wort *repraesentari* auch in anderem Sinne: *judicium s. cognitionem repraesentari* (im Gegensatz von *differri in tempus pubertatis*): *fr. 3. § 5; fr. 7. § 3. de Carb. ed.* (37, 10). Andere Anwendung in *fr. 55. § 1. ad Sct. Treb.* (36, 1).

7) *Gai.* in *fr. 14. § 1. depos.* (16, 3).

8) Dazu *Paul.* in *fr. 40. pr. de her. pet.* (5, 3); *Ulp.* in *fr. 15. § 3. de rei vind.* (6, 1). Vergl. v. Bethmann-Hollweg II. S. 521—3.

9) von Gaius in einer leider lückenhaften Stelle (4, 114) berührt.

berücksichtigen habe. Auch hier standen die Sabinianer der anderen Schule gegenüber, wieder die Billigkeit betonend. Man streitet über den wahren Sinn dieser Controvers; Rudorff[1] sagt: „Gewiß sollte auch nach jener ersteren Meinung (der Proculianer) nicht der Kläger 2 Mal befriedigt werden, sondern der Beklagte nur den schon verwirkten Bußen und Leugnungsstrafen (*sponsio tertiae* oder *dimidiae partis*, Litiscrescenz) nicht mehr durch verspätete Leistung im Judicium entgehen, und der Richter bei einer Wette sich nicht über die bestimmte Anweisung der Formula hinwegsetzen: zu condemniren, wenn der Beklagte im Augenblicke der *judicii acceptio* schuldig war". v. Bethmann-Hollweg[2] sagt: „Daß durch Annahme der Befriedigung von Seiten des Klägers der Rechtsstreit selbst aufgehoben ist, versteht sich von selbst; die Frage kann also nur seyn, ob auch die zufällig dem Kläger gewordene Befriedigung oder das Anerbieten der Zahlung von Seiten des Beklagten, eventuell die gerichtliche Deposition, seine Absolution zur Folge haben müsse".

Ich gestehe, durch diese Erklärungsversuche nicht befriedigt zu seyn. Verstehe ich Rudorff recht, so trennt er die sachliche Entscheidung von der Wettentscheidung in ungehöriger Weise; v. Bethmann-Hollweg aber übersieht den Wortlaut der oben citirten Stelle bei Gaius, wo ausdrücklich gesetzt ist, daß Beklagter selbst (nicht ein Zufall) Klägern befriedigt habe. Offenbar bezeichnet das „*satisfaciat actori*" ein Handeln des Beklagten, aber auch nicht bloß des Beklagten, sondern zugleich ein Mithandeln des Klägers, d. h. eine Annahme des Angebotenen; ich halte es für schlechterdings unvereinbar mit dem alten Proceßorganismus, anzunehmen, daß Beklagter, nachdem er es zur Lit.-Cont. getrieben hatte, noch durch nachträgliche einseitige und willkürliche Zahlungsofferte den Kläger habe klaglos stellen können. So reducirt sich die eigentliche Controvers auf den Fall freiwilliger Zahlungsannahme, und es ist zu bemerken — worauf auch der Ausdruck „*satisfaciat*" hinzudeuten scheint —, daß jede Art Befriedigung (natürliche Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt, Delegation) dabei in Frage war. Warum bestritten also die Proculianer die Befugniß des Spruchrichters, bei strengen Klagen auf Grund inmittels erfolgter Befriedigung Absolution zu erkennen?

Bevor wir diese Hauptfrage beantworten, wollen wir uns deutlich machen, welches wohl nach der Proculianischen Ansicht der Ausgang eines strengen Processes war. Ich denke, wenn der Kläger nachträglich, aber vor dem Urtheil Befriedigung erlangt hatte, gewann er zwar durch die (trotzdem erfolgende) Verurtheilung des Beklagten die *actio judicati*, allein er hatte, falls er sich einfallen ließ, dieselbe geltend zu machen, die Entgegenhaltung der *exceptio doli* (*generalis*) zu gewärtigen. Es handelte sich also im Grunde zwischen Proculianern und Sabinianern nur um die Frage directer oder indirecter Wirkung der Satisfaction — welche Frage derjenigen verwandt ist, ob *in solutum datio ipso jure* oder *ope exceptionis* wirke. Den Sabinianern, welche Ersteres behaupteten, lag es nahe, mit dem Ausdruck *satisfacere* für die strengen Klagen die Frage gleich ganz allgemein zu stellen, und nicht bloß von *solutio*, sondern von jeder *satisfactio* zu behaupten, daß durch sie die *condemnatio* verhütet werde. Jene zwei berühmten Schulcontroversen von den *judicia absolutoria* und der *in solutum datio* hängen in der That

1) R. Rechtsgesch. II. § 80.
2) II. S. 517.

eng zusammen, wenn meine Ueberzeugung begründet ist, daß die erstere Controvers eine zugleich civilistische und processuale Seite hatte.

Wir müssen feststellen, welche Wirkung an sich der natürliche Zahlungsakt hatte, und welcher Art die Proceßobligation war. Von Haus aus galt im röm. Recht das Princip des *contrarius actus*, d. h. nur eine Realcontracts- und Consensualobligation ward durch freie Erfüllung *ipso jure* getilgt[1]; so wenig ein *nexum* durch formlosen Zahlungsakt getilgt wurde, ebensowenig konnte eine Proceßobligation durch einen bloßen Naturalakt aufgehoben werden. Die *obligatio civilis* ging hier überhaupt nicht auf ein *solvere*, sondern auf ein *condemnari oportere*, und die „eingesponnene“ *obligatio naturalis* konnte als eine *inclusa* nicht selbständiges Zahlungsziel seyn. Als nun die Idee zur Herrschaft kam, daß der natürliche Zahlungsakt allgemein (insonderheit also bei Stipulationen) die Kraft des Tilgens *ipso jure* habe: mag wohl der Proceßorganismus sich am längsten gesträubt haben, diese Herrschaft anzuerkennen, denn jene Idee ist naturalistischer Tendenz, und der Proceßorganismus trug ein sehr idealistisches Gepräge; die ganze Präcision des römischen Civilprocesses beruhte eben auf der durch die Lit.-Cont. gegründeten Proceßobligation und der organischen Einheit von Anfang (*litiscontestatio*) und Schluß (*sententia*). Die Proculianer aber gerirten sich als die Ausbildner und Wächter der nationalen Proceßidee. Wo der Prätor die Instruction ausdrücklich darauf gegeben hatte (bei *arbitrariae actiones*)[2], und wo der Spruchrichter durch die Art der Klage *ex officio* auf freie Berücksichtigung aller individuellen Momente angewiesen war, da war kein Hinderniß, sich über die Retrotractivkraft der Sentenz hinwegzusetzen und den Befriediger zu absolviren, wie wenn er schon vorher befriedigt gehabt hätte; allein wo der Spruchrichter einfach auf der Formel fußte, und diese ihm keine arbiträre Absolutionsermächtigung gewährte, da mußte Bedenken seyn, die Billigkeit auf Kosten der reinen Proceßidee walten zu lassen, und es lag um so näher, die alte nationale Strenge festzuhalten, da die condemnatorische Sentenz zugleich das Anrecht des Siegers auf die Proceßstrafen zu verwirklichen hatte, und anderseits — wie wir oben sahen — im Erfolg der Unterschied eigentlich nur ein formaler, kein sachlicher war. Uebrigens war es für den röm. Nationalsinn nicht gleichgültig, ob die Sentenz formell verurtheilend oder freisprechend lautete, denn der Freigesprochene erschien als Sieger, und es klang verletzend, wenn zu erzählen war, daß der Kläger, der doch bei der Klaganstellung im vollen Recht gewesen, unterlegen sei. Also haben die Proculianer festgehalten, daß, wie bloßes Zahlungssurrogat nicht *ipso jure* befreie, so auch verspätete Satisfaction den Spruchrichter nicht zur Absolution berechtige, und ihre Theorie konnte erst dann überwunden werden, als die Idee der Proceßobligation zu verkümmern und die Verbindung der Sentenz mit der Lit.-Cont. locker zu werden anfing. Dann konnte gesagt werden, was Justinian[3] den Ulpian (Interpolation?) sagen läßt: *lis finitur solutione*, d. h. durch Zahlung werde der Streit, der Proceß, beseitigt, und, weil nun keine Schuld mehr vorhanden, dürfe keine Verurtheilung erfolgen; freilich war dann streng genommen überhaupt keine Sentenz, auch keine absolutorische mehr indicirt[4].

---

1) s. Cursus § 206. 632. und meine Abhandlung üb. den *mos Civitatis* in der Münchner krit. Vierteljahrsschrift Bd. 9. S. 521—4.

2) s. Cursus § 247. — 3) in *fr.* 13. *pr. jud. solvi* (46, 7).

4) Vergl. übrigens v. Keller Civilproc. § 67.

E. Es ist jetzt auch genauer noch zu erörtern, was die negative und die positive Function der *exceptio rei judicatae*[1] genannt wird. Jene fällt mit dem Bereich der *exceptio rei in litem deductae* zusammen und entspricht dem Consumtionsdogma; diese gibt besondere Wirkungen noch neben der *actio judicati* und bildet insofern einen Theil des Dogmas von der Rechtskraft. v. Keller hatte zuerst auf diese beiden Functionen aufmerksam gemacht[2] und die Unterscheidung späterhin exacter festgestellt, obwohl er da jene technisch gewordenen Bezeichnungen zurücktreten ließ[3]; v. Bethmann-Hollweg bemerkt, er finde keinen Grund, von Keller's Bezeichnung der beiden Functionen abzugehen, doch werde er der Kürze halber auch von Consumtion und Rechtskraft sprechen, und er führt die Verschiedenheit „des objektiven Umfangs der beiden Functionen" genauer, als dies wenigstens in Keller's erster Schrift geschehen war, aus[4], indem er sagt: „Durch die Condemnation und Absolution ist der Inhalt des Urtheils nicht erschöpfend bezeichnet und deshalb seine positive Wirkung nicht auf die *obligatio* und *actio judicati* beschränkt. Bei Präjudicialklagen, durch welche Standes- und Familienrechte verfolgt werden, wird die Behauptung des einen oder anderen Theils durch eine Pronuntiatio anerkannt oder verworfen; bei den *in rem actiones* findet eine solche Pronuntiatio regelmäßig neben der Condemnation oder Absolution statt; und bei Klagen aller Art kann der Geschworne mehr oder weniger Elemente des Rechtsstreits in seinem Urtheil berühren. Auch in diesen Fällen muß das, was er im Namen des Staats ausgesprochen hat, fortan wenigstens unter den Parteien, die dazu mitgewirkt haben, für wahr gelten; es ist ihnen das Recht erworben, sich später darauf zu berufen, die Pflicht für sie begründet, es anzuerkennen. Das Rechtsmittel, wodurch dies bewirkt wird, ist nicht die *actio judicati*, überhaupt keine Klage, sondern die *exceptio rei judicatae* in ihrer positiven Function. Diese positive Function wird freilich bestritten und behauptet, die negative, das Consumtionsprincip, nach der Regel: *bis de eadem re ne sit actio*, reiche für das praktische Bedürfniß und zur Erklärung aller in den Quellen vorkommenden Anwendungen dieser Einrede aus; auch sei es undenkbar, daß die römischen Juristen den Unterschied beider Functionen, wenn er begründet wäre, nicht bemerkt und ausgesprochen haben sollten, und daß die Formel für beide dieselbe gewesen sei[5]. Allein wer aus Gaius die negative Function der *exc. rei jud.* kennen gelernt hat, kann bei unbefangener Lesung der auf dieselbe Einrede bezüglichen Pandektenstellen sich unmöglich der Wahrnehmung entziehen, daß einige derselben zwar eben jene vom Inhalt des Urtheils unabhängige Wirkung der *res judicata*, die Consumtion des Klagrechts, andere aber ebenso bestimmt diese zweite, durch welche der Inhalt des Urtheils in weiterem Kreise geltend gemacht wird, bezeugen. Eine andere Fassung der *exceptio* war auch in der Regel nicht nothwendig, und der Gegensatz dadurch hinreichend bezeichnet, daß im ersten Fall die *exc. rei in jud. deductae* mit ihr concurrirt, während sie im 2. Fall für sich allein steht. Nach Beseitigung dieser 2. Einrede in ihrer selbständigen Bedeutung aber waren die Compilatoren der Pandekten

1) s. Cursus § 265. 269. — 2) Litiscontestation und Urtheil § 27—30.

3) Röm. Civilproc. § 60. 72.

4) s. v. Bethmann-Hollweg in Schrader's krit. Zeitschr. V. S. 81 ff., Röm. Civilproc. II. S. 494. 636.

5) Schon Puchta Cursus II. § 175 identificirt beide Functionen, ohne merkwürdiger Weise Keller zu berücksichtigen. Bekker d. proc. Cons. S. 13. 132 beschäftigt sich ausführlich mit dessen Widerlegung, muss aber dennoch in einzelnen Fällen die positive Function zulassen — wogegen im Allgemeinen Keller Civilproc. § 72 und Krüger Consumt. § 20 zu vergleichen sind.

veranlaßt, jede Spur derselben zu tilgen, ohne freilich zu bedenken, daß der Unterschied der beiden Functionen der *exc. rei jud.* in dem überlieferten Rechtssystem unvertilgbar war, und daß durch Nichtbeachtung desselben viele Excerpte aus den Schriften der alten Juristen unverständlich oder widersprechend werden mußten. — Zur Geschichte des Gegensatzes ist zu bemerken, daß er in der Zeit der Legisactiones nicht bestand, weil vermöge der Duplicität aller dinglichen Klagen die Consumtion durch die einmalige Legisactio für beide Theile eintrat, eine von dieser verschiedene Berufung auf den Inhalt des Urtheils also keinen Raum fand[1], und auch bei persönlichen Klagen, namentlich wegen Mangels aller Exceptionen, davon keine Rede war. Im Formularproceß aber konnte der Unterschied deshalb längere Zeit unbemerkt bleiben, weil der allgemeine Begriff von *praejudicium* und die Autorität, welche jeder frühere Ausspruch eines Geschwornen auf andere ausübte, die positive Function der *exc. rei jud.* deckte. Der Unterschied von *praejudicium* als Beweismittel[2] und *praejudicium* als Wirkung der *res judicata* mittels der *exc. rei jud.*, welche den Beweis überflüssig macht[3], mußte den Juristen zum Bewußtseyn kommen, sobald sie den Umfang der letzteren zu bestimmen veranlaßt waren. So schon Q. Muc. Scaevola und nach ihm Labeo[4]. Den allgemeinen Grundsatz sprach am bestimmtesten Julianus aus[5]; auch das Princip der *aequitas*, welches ihr vor der Consumtion den Vorzug gibt“[6].

Ulpian berichtet[7]: *Julianus definit: „exceptio rei judicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere judicii“.* Nach dieser *„generalis definitio“* kann der mit der *actio confessoria* siegreiche Kläger, falls er nachher von seinem Proceßgegner mit der *negatoria* belangt wird, sich auf die Rechtskraft des früheren Urtheils berufen, wobei doch weder die Consumtion, noch die *actio judicati* in Frage kommt. Ferner wenn dem Kläger das Erbrecht in der *hereditatis petitio* aberkannt wird, so steht ihm die *res judicata* in der etwa nachher versuchten Klage auf einzelne Erbschaftsstücke (*in rem* oder *in personam*) entgegen, obschon jene und eine dieser Klagen nicht im Verhältniß gegenseitiger Consumtion stehen[8]. Oder sind die Zinsen unter Vorbehalt der Kapitalforderung eingeklagt, so wird *res judicata* für die Kapitalsfrage begründet, nicht aber die darauf gehende Klage consumirt[9]. Oder wenn der Gewalthaber (Herr, Patron, Vater) in einer *status quaestio* ein Urtheil erlangt hat, so greift die *exc. rei jud.* gleichfalls weiter, indem das Urtheil (zwar nicht gleichstehenden Extraneern gegenüber, die vielleicht dann ein Gewaltrecht behaupten könnten, aber wohl) für alle von dem Stande des Gegners abhängigen, untergeordneten Verhältnisse Dritter zu ihm gilt[10].

In diesem über den Bereich der Consumtionsidee hinausragenden Umstande lag der fortdauernde Werth des Proceßspruchs der Veteres: *ne bis de eadem re sit actio.* Hierin war der sachliche Gehalt festgehalten, während das Consumtionsdogma mehr das formale Element betonte. In dieser Betonung lag ein Fortschritt der civilistischen Eleganz, aber der Fortschritt war nicht eine erschöpfende Fortbildung, sondern ließ einen Rest processualen Interes-

---

1) Krüger Cons. S. 152 ff. — 2) *Quinctil.* 5, 2. — 3) *fr.* 63. *de re jud.* (42, 1).
4) *fr.* 29. § 1. *de statu lib.* (40, 7). — 5) in *fr.* 3. 7. § 4. *de exc. rei jud.* (44, 2).
6) in *fr.* 16. *eod.* v. Bethmann-Hollweg II. S. 636—8.
7) in *fr.* 7. § 4. *de exc. rei jud.* (44, 2). — 8) *fr.* 7. § 4. 5. *eod.* — 9) *fr.* 23. *eod.*
10) *fr.* 9. *pr.* — § 2. *fr.* 42. *de lib. causa* (40, 12). Vergl. v. Bethmann-Hollweg II. S. 636. 641. 645. 647. 652.

ses zurück, wobei die praktische Zweckmäßigkeit in Frage kam. War nun jene formale Construction des Proceßorganismus eine der Proculianischen Richtung vorzugsweise zusagende Aufgabe, so mag in dieser Utilitätsfrage der Sabinianismus sich bethätigt und bewährt haben. Diese Frage kam auf den Gedanken hinaus, daß, was processuell erledigt sei, nicht von Neuem als streitig behandelt werden könne, ein Gedanke, welcher jenem nahe verwandt ist, daß eine gezahlte Obligation aufhöre, eine bestrittene und bestreitbare zu seyn[1]. Gaius, welcher sich auch dabei als ein Sabinianer erweist, motivirte das Ersitzungsinstitut durch den Zweck der endlichen Abschneidung der Ungewißheit (d. h. Bestreitbarkeit)[2]: so konnte auch die positive Wirkung der *res judicata* mit einem solchen Zweckhinweis passend motivirt werden. In der classischen Jurisprudenz aber wurde diese umfangreiche Wirkung in dem prägnanten Satze zusammengefaßt, daß das Urtheil als (relative) Wahrheit gelte: *res judicata pro veritate accipitur*[3].

## II.

### Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde.

Zu § 353] A. *Appellatio.* Der wichtigste Unterschied des Civilprocesses der Kaiserzeit von dem früheren ist die Zulässigkeit der Appellation; dieselbe trägt einen ganz neuen Gedanken in den Proceßorganismus herein. Aeußerlich anknüpfend an die republikanischen Rechtsmittel der Cassation durch Anrufung der Intercession eines gleich oder höher berechtigten Magistrats (*collega paris majorisve potestatis*) oder eines Volkstribunen, gestaltet er sich zu einer eigenthümlichen Institution. Diese republikanische Anrufung war mehr ein politischer, als civilistischer Schritt gewesen, und es hatte sich bei ihm nur um Cassation des angefochtenen Urtheils gehandelt, während die Appellation des neueren Rechts zu einem inneren Stück und Bestandtheil des Civilprocesses selbst wird und auf eine Reformirung des Urtheils ausgeht[4]. Appellation bewirkt eine Verlängerung des Zustandes Litispendenz: nur unter diesem Gesichtspunkt fügt sie sich in den alten Proceßrahmen.

Der Appellationsgedanke hängt zunächst wohl mit der exceptionellen Stellung des Imperator in seiner ausgesonderten Herrschaftssphäre zusammen, denn in dieser Sphäre konnte keine andere Gewalt einen völligen Abschluß in irgend einer Angelegenheit bewirken; nur wenn der Imperator, oder wer unmittelbar von ihm dazu ermächtigt war, gesprochen, lag ein Definitivum vor. Es ist mithin glaublich, obschon nicht erwiesen, daß die Appellationsidee bereits in der Proceßgesetzgebung August's (*leges Juliae judiciariae?*) anerkannt wurde. Wie auch sonst unter den Antoninen legislative Regsamkeit erscheint, ist dann jene Idee namentlich durch Rescripte dieser Kaiser ausgebildet worden[5].

Durch das Appellationsprincip der Reformirung hat die *res judicata* eine wesentliche und ihr bis heute gebliebene Umgestaltung erfahren, denn danach gilt der Proceß durch die Sentenz nicht ohne Weiteres als erledigt, sondern die Möglichkeit bleibt, daß in der höheren Instanz, falls an diese die Streitsache gebracht wird, eine andere Sentenz gesprochen wird. Die erste

---

1) s. oben S. 397. — 2) *Gai.* 2, 43.
3) *fr.* 25. *de statu hom.* (1, 5). Vergl. v. Bethmann-Hollweg II. S. 653.
4) Keller Civilproc. § 82 sub 3.
5) v. Bethmann-Hollweg II. S. 39 ff. S. 701. Anm. 6.

Sentenz ist daher nicht immer auch die letzte und endgültige; die Sache bleibt ein Streit, bis die endgültige Sentenz gesprochen, oder bis gewiß ist, daß keine Appellation und keine Reformirung mehr stattfinden kann. Dies versteht man nun insonderheit unter „Rechtskraft" des Erkenntnisses.

Die Appellationsordnung ist ein Theil der Proceßordnung. Zu ihr gehört außer der näheren Real- und Personalbegrenzung die Bestimmung der Instanzen, d. h. der übergeordneten Justizautoritäten, sodann der Fristen, Folgen und Formen.

1) In den Schriften der Koryphäen, namentlich in Ulpian's *libri IV de appellationibus,* liegt das System der Appellation in der Hauptsache vollendet vor. Danach kann gegen Interlocute über Incidenzpunkte so gut wie gegen die sachliche Endentscheidung appellirt werden[1]. Die Appellation an den Princeps ist an eine Appellationssumme gebunden; in dringlichen Sachen ist Appellation überhaupt versagt[2]. Appelliren kann nicht, wer durch Eidesantrag oder Eidverweigerung den Proceß beendet hat, oder gegen wen *in contumaciam* erkannt ist[3]. Sonst wird das Princip der Appellation in freiester Weise gehandhabt, und namentlich jeglicher Sachinteressent als Partei zugelassen, z. B. ein Litisconsort, Bevollmächtigter, *negotiorum gestor,* naher Angehöriger (vermöge des s. g. *mandatum praesumtum*): denn die Appellationsordnung gehört zu dem freien *jus extraordinarium*[4].

2) Die Appellation muß an die zunächst übergeordnete Gerichtsbehörde (Mittelinstanz) gehen, *appellatio per saltum* wird durch Abgabe an die übersprungene Instanz verbessert. Mittelinstanz ist der *Praefectus Urbi* oder *Praetorio* oder ein *Consularis;* der Princeps ist höchste Instanz[5]; *et quidem stultum est, illud admonere: a Principe appellare fas non esse,* sagt Ulpian[6]. „Die Civilappellation an den Senat ist eine precäre Anomalie, die Appellabilität der Centumvirn aber ohne Grund bestritten. Inappellable Commissare ernennt nur der Princeps. Die Inappellabilität des *Praef. Praetorio* und die Supplication gehört erst der christlichen Periode an"[7].

3) Das Appelliren ist nur binnen verhältnißmäßig kurzer Fristen (*tempora*) gestattet, denn, sagt Paulus[8], *ne liberum quis et solutum haberet arbitrium retractandae et revocandae sententiae, tempora appellatoribus praestituta sunt.* Versäumniß der Appellationsfrist begründet eine *praescriptio,* und das bis dahin appellable Erkenntniß wird nun unanfechtbar, rechtskräftig[9].

4) Den unterliegenden Appellanten trifft eine *poena appellationis,* nämlich ein Drittheil des Streitobjekts und das Vierfache des Proceßaufwandes, welches alles dem Gegner zufällt[10].

5) Sowohl die Einlegung (*interpositio*) der Appellation vor dem erkennenden Richter (*libelli appellatorii*)[11], als auch die späteren Akte der Appellationsausführung pflegen schriftlich zu geschehen. Die Ueberweisung an die höhere Instanz geschieht formell durch die *literae dimissoriae* oder *apostoli* des Richters, bei welchem die Appellation eingelegt ist[12]; der Appellant übermittelt dieselben binnen gesetzter Frist dem Appellationsrich-

---

1) *fr. 2. de app. recip.* (49, 5); *fr. 39. pr. de minor.* (4, 4).
2) *fr. 10. § 5. de app.* (49, 1); *fr. 7. pr. de app. rec.* (49, 5).
3) Paul. V, 5a und V, 32, § 1. — 4) v. Bethmann-Hollweg II. S. 704.
5) *fr. 38. pr. de minor.* (4, 4); *fr. 21. pr. § 1. de appell.* (49, 1).
6) *fr. 1. § 1. a quib. app.* (49, 2). — 7) Rudorff § 85. Anm. 11. 13.
8) V, 33, § 1. — 9) *Tit. Dig. quando appellandum* (49, 4). — 10) Paul. V, 33. 37.
11) *fr. 1. § 4. quando app.* (49, 4). — 12) *Tit. Dig. de libell. dimiss.* (49, 6).

ter[1], und es findet darauf vor diesem neue und vollständige Verhandlung der Sache statt (*cognitio — causas appellationis reddere s. agere*).

B. Nullitätsquerel. Abgesehen von den besonderen Fällen, da eine *in integrum restitutio* gegen Litiscontestation oder Urtheil indicirt ist[2] — kann eine gesprochene Sentenz angegriffen werden, wenn ein wesentliches Erforderniß derselben fehlt, d. h. dann ist die Sentenz null und nichtig, und es bedarf nur eines formellen Ausspruchs, daß dies der Fall sei (*sententiam nullius momenti esse*)[3]. Die Gründe der Nichtigkeit liegen entweder im Verfahren, worauf das fragliche Urtheil ruht, oder im Urtheil selbst, und können aus der Person des Richters oder der Parteien, aus der Form oder dem Inhalt des Urtheils hergenommen seyn. So ist ein Urtheil nichtig, welches von einem absolut incompetenten Richter gesprochen oder auf eine ganz unbetheiligte Person gerichtet oder ohne Anhörung des Gegners erfolgt ist oder einer früheren (unberücksichtigt gebliebenen) *res judicata* widerspricht.

Dem steht der andere Fall gleich, wenn es sich um die einfache Existenz eines Urtheils handelt, indem dem Gegner gegenüber, welcher sich auf ein angebliches Urtheil beruft, behauptet wird, daß ein solches gar nicht ergangen sei (*non esse judicatum*)[4].

Ein besonderes Rechtsmittel, eine eigentliche *querela nullitatis*, wodurch klageweise und in selbständigem Rechtsgange das nichtige Urtheil umgestoßen würde, fand regelmäßig nicht Statt, sondern „wo und wie eine Partei sich vor Gericht auf das Urtheil beruft, kann das rechtliche Nichtdaseyn desselben vom Gegner behauptet (und bewiesen) werden“[5].

Eine Ausnahme hiervon ist in gewissem Sinne die s. g. *revocatio in duplum*[6], welche als Offensive in denselben Fällen zulässig ist, wo im Wege der Defensive ein Beklagter sich gegen die wider ihn erhobene *actio judicati* schützen kann. Der Beklagte soll nicht ohne Noth ein gesprochenes Urtheil zum Gegenstand des Streites machen[7], er setzt sich daher dem *periculum dupli* aus; dieselbe Gefahr muß auch demjenigen drohen, welcher klagweise vorgehend die Ungültigkeit eines früheren Urtheils behauptet. Dies ist der Fall, wenn derselbe, nachdem er verurtheilt ist, gezahlt hat und dann (*rei veritate cognita*) unter Berufung auf die Nichtigkeit der verurtheilenden Sentenz das Gezahlte zurückfordern will; diese Zurückforderung kann *propter auctoritatem rei judicatae* nicht mit der einfachen *condictio indebiti*, oder im Wege einfacher Compensation bewerkstelligt werden[8], wobei nur das Simplum riskirt würde; vielmehr muß er mit besonderer Klage vorgehen (*in duplum revocare*)[9], um unter Uebernahme des *periculum dupli* einen Spruch über Ungültigkeit der früheren Sentenz und Verurtheilung des Gegners in Zurückgabe der empfangenen Zahlung zu erwirken.

Jede *retractatio rei judicatae* ist *inter praesentes* 10, *inter absentes* 20 Jahre lang statthaft[10].

---

1) Paul. V, 34. § 2. — 2) s. Rudorff II. § 87 und v. Bethmann-Hollweg II. S. 712—720.
3) *fr.* 1. § 1. *de feriis* (2, 12). — 4) *fr.* 1. *pr. quae sententiae sine appell. rescind.* (49, 8).
5) v. Bethmann-Hollweg II. S. 723.
6) s. Rudorff Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XIV. S. 311 ff. Puchta Cursus § 181. v. Bethmann-Hollweg II. S. 726.
7) Modestin nennt das *retractatio* (*calculi erroris*) in *fr.* 8. *de adm. rer. ad civ. pert.* (50, 8).
8) *fr.* 29. § 5. *mand.* (17, 1); *fr.* 36. *fam. herc.* (10, 2); *c.* 2. *de comp.* (4, 31).
9) *Paul. S. R. V,* 5A. § 5. 7. 8. Wenn § 8 sagt: *res judicata in judicium deduci non potest, nec eo nomine in duplum revocari*, so scheint die *revocatio* nur von offensivem Vorgehen gemeint. Keller (Civilpr. § 82. Anm. 983) zweifelt hierüber.
10) *Paul. S. R. V,* 5A. § 8; *fr.* 8. *cit.* (50, 8).

## IV.

## Die Execution.

Zu § 354] Was uns heutzutage das Nächstliegende und Einfachste zu seyn scheint, daß nämlich der Staat, wenn er dem siegreichen Kläger seine Zwangshülfe gewährt, mittels der Hülfsvollstreckung dem Verurtheilten gerade und nur so viel an Werth abnimmt, als zur Befriedigung des Siegers erforderlich ist: das erscheint einem naiven und energischen Rechtssinn als kaum denkbar, weil jede Zwangsvollstreckung den Willen und die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Widerspenstigen im Princip und sonach im Ganzen bricht und negirt. In der That wird dem strengen Recht grundsätzlich nur dann genuggethan, wenn der der *auctoritas rei judicatae* entgegentretende Wille des Verurtheilten gebrochen wird. Der staatliche Apparat richtet sich daher zunächst und wesentlich gegen die Person. Ausdruck dieses Gedankens war die altrömische Personalexecution, welche gewissermaaßen die Person des Besiegten dem Sieger preisgab, und dann daneben, seitdem der Rechtssinn sich dazu verstand, das Vermögen von der leiblichen Persönlichkeit getrennt vorzustellen, die universelle Vermögensexecution, welche in der sie begleitenden Infamie gleichsam noch den Grundgedanken des Personalmoments bewahrte. So riskirte jeder Widerspenstige seine bürgerliche Stellung und ökonomische Existenz, und was wir heute nur etwa als eine Folge des Concurses, d. h. eines Zusammentreffens mehrer Gläubiger, denken, das war das Ende eines jeden Civilprocesses im alten Rom, wofern der Verurtheilte dem Urtheil nicht nachkam. Freilich litt hier der Leichtsinnige und Unglückliche mit dem Böswilligen, allein der Nationalsinn scheute das nicht, und der Nationalcredit verlangte es. Auf das Vermögen des Verurtheilten als ein Ganzes strebte demgemäß der römische Civilproceß hin, und diesem Streben diente auch die Stellung der Condemnation auf Geld: eine Geldschuld haftet ja ihrer Natur nach nicht an einzelnen Stücken des Schuldnervermögens, sondern am Vermögensganzen.

Von dem bezeichneten Standpunkt aus mußte es als ein künstlicher Gedanke erscheinen, gleichsam um die Person des Verurtheilten herum und von dem Vermögensganzen absehend direct auf einzelne Stücke des Vermögens loszugehen und diese willkürlich herauszugreifen, damit dem Sieger materielle Genüge verschafft werde. Eine solche Specialexecution hat etwas Naturalistisches an sich; zu ihr konnte der römische Rechtssinn erst dann gelangen, als der nationale idealistische Grundzug des Civilprocesses sich abzuschwächen begann. Dies geschah in der Kaiserzeit und zwar in der 2. Hälfte der 4. Periode. Die Specialexecution ist die ältere Schwester der Naturalexecution, und sie ist die erste principielle Abkehr von der in der ursprünglichen Personalexecution ausgeprägten Executionsidee; erst nachdem diese Executionsart überhaupt verfiel, konnte daher jener zweite Schritt geschehen. So wurde die Einführung der Specialexecution gewissermaaßen vorbereitet durch das Institut der Güterabtretung.

A. *Cessio bonorum.* Ursprünglich hatte es nur Personalexecution gegeben[1]; dieselbe war durch die XII Tafeln normirt, dann durch die *lex Poetelia* gemildert; endlich war durch das prätorische Edikt der Weg der

1) s. Cursus § 159. 160. 278.

Realexecution (mit Infamiewirkung) gebahnt worden. Personal- und reale Universalexecution bestanden in dem letzten Jahrhundert der Republik neben einander, und weder diese noch auch jene wurde in der Kaiserzeit principiell abgeschafft[1]. Keller[2] sagt: „Es ist klar, wie die Vermögensexecution im Privatrechte da, wo die Personalexecution nicht möglich (*indefensus*) oder aber abgewendet war (*cessio bonorum* u. dergl.), zur Aushülfe diente: wie aber die übrigen Fälle, wo die Möglichkeit der einen wie der anderen stattfand, nach fester Regel, oder mit electiver Concurrenz unter beide sich theilten, und welchen Einfluß die eingetretene Personalexecution auf das Vermögen des *addictus* ausübte, das sind Fragen, die im höchsten Grade bestritten[3] nach dem gegebenen Stande der Quellen einer sicheren Lösung Trotz bieten. Gewiß ist nur, daß die Gewährung der Personalexecution als das Ordentliche fortwährend zu den Attributen auch der neueren (geschmälerten) *jurisdictio* gehörte, die *missio in bona* dagegen dem *imperium* vorbehalten wurde".

Allerdings fing die Personalexecution an, gehässig zu werden. Den Peregrinen mag sie nie geläufig gewesen seyn, und der humanistische Trieb der Zeit begann darüber zu reflectiren, daß doch „die Freiheit nicht ein dem Eigenthum commensurables Gut sei, sondern ein ewiges Menschenrecht, welches der Staat nur dem Schuldigen, nicht dem Schuldner abzuerkennen das Recht habe", und „daß die persönliche Freiheit principiell vom Capital zu emancipiren sei"[4]. Ausdruck fand dieser moderne Gedanke in dem Institut der Güterabtretung, welche, wenn der Schuldner sie freiwillig und rechtzeitig der Gläubigerschaft anbot, ihn zwar nicht liberirte, aber vor der Personalexecution und Infamie bewahrte; *qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati; in eo enim tantummodo hoc beneficium prodest, ne detrahantur in carcerem — licet ex ea causa bona eorum venierint, infames non fiunt*[5]. Die Einführung dieser Rechtswohlthat geschah durch eine *lex Julia*[6]; ob durch Cäsar[7] oder durch Augustus[8], ist nicht sicher zu entscheiden. Offenbar gehört sie ganz in das Augustische Reformirungssystem, denn wie Augustus überhaupt mit seinen schwergeborenen Gesetzen tief in den nationalen Organismus einschnitt[9], so war auch diese Abkehr von der Personalexecution eine Entfremdung vom Römerthum und ein peregrinisch naturalistischer Zug.

Die *cessio bonorum* beseitigte nicht schlechthin die Personalexecution, sondern machte sie nur zu einem seltneren Vorkommniß: dieselbe konnte noch eintreten, wenn der Schuldner mit dem Anerbieten zögerte[10]. Noch weniger beseitigte sie die prätorische Vermögensexecution, sie war vielmehr nur eine neue Einleitungsart derselben, indem sie an die Stelle des obrigkeitlichen (prätorischen) Decrets den eignen Privatakt des Schuldners setzte: *bonis cedi non tantum in jure, sed etiam extra jus potest, et sufficit, et per nuntium vel per epistolam id declarari*[11]. Sonst hatte sie die Voraussetzungen und das weitere Verfahren mit der gewöhnlichen Universalexecution gemein, daher sie nur nach erfolgtem Erkenntniß oder solennem (gerichtlichem, außergericht-

---

1) v. Bethmann-Hollweg II. S. 547. 662. 667. — 2) Civilproc. § 83.
3) v. Savigny Verm. Schr. II. S. 403; Huschke Nexum S. 81; Puchta Cursus II. § 179; Rudorff Zeitschr. f. gesch. R.-W. XIV. S. 309.
4) Mommsen Röm. Gesch. III. (*ed.* 4) S. 520.
5) Rescripte des *Sev. Al. a.* 224 in *c.* 1. *qui bonis* (7, 71) und *c.* 11. *ex quib. c. infamia* (2, 11).
6) *Gai.* 3, 78; *c.* 4. *qui bonis* (7, 31). — 7) so Mommsen a. a. O.
8) so v. Bethmann-Hollweg II. S. 688 wegen *Edict. Tib. Alex.* § 4. Haubold p. 212.
9) s. Excurse S. 301. 305. — 10) s. v. Bethmann-Hollweg II. S. 690.
11) *fr.* 9. *de cess. bon.* (42, 3).

lichem) Zugeständniß zulässig war, und zur Gewährung des Mitbesitzes für die Gläubiger, sowie zur *bonorum venditio* führte[1]. Aber in den Wirkungen unterschied sich die *cessio bonorum,* indem sie die bürgerliche Ehre unversehrt ließ und für den Fall neuer Klage das *beneficium competentiae* gewährte[2].

B. Der Uebergang von der Universal- zur Specialexecution scheint vermittelt worden zu seyn durch eine Regel[3], welche den *clarae personae* (d. h. von Senatorrang) die Rechtsvergünstigung gewährte, daß, wofern die Gläubigerschaft nicht ausdrücklich auf der eigentlichen (entehrenden) *bonorum venditio* bestand[4], der Senat um Autorisation zur Ernennung eines *curator bonis distrahendis* angegangen werde. *Ex Scto* (d. h. *permissu Senatus*) erfolgte die Ernennung des *curator* durch den Prätor oder Statthalter; der *curator* hatte das Vermögen im Einzelnen zu verkaufen und den Erlös zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden. Eine Universalsuccession fand hier nicht Statt, obschon dem Schuldner alle sein bisherigen Ansprüche genommen wurden[5].

Der Gedanke der Specialexecution kam aber erst durch kaiserliche Rescripte seit Antoninus Pius zum vollen Durchbruch[6]; diese führten neben der allgemeinen Vermögensexecution durch *missio in bona,* wodurch es zum Concurs kam, die Beitreibung einer Geldschuld durch Pfändung einzelner Vermögensstücke ein[7]. Diese s. g. *pignoris capio* (des neueren Rechts) fand sowohl dem geständigen, als dem verurtheilten Beklagten gegenüber Statt. „Es war den röm. Begriffen durchaus zuwider, einen Bürger im Interesse eines anderen Bürgers durch den Magistrat stückweise seines Eigenthums zu berauben, gleichsam ihm die Federn eine nach der anderen auszurupfen und also an seiner Ehre beschädigen zu lassen . . . Zuerst in der Kaiserzeit, wo die bürgerliche Freiheit keine Macht mehr war, und der kaiserliche Absolutismus die Mittel nur nach Zweckmäßigkeit berechnete, ging man von jenem Grundsatz ab“[8]. Erleichtert wurde dieser Schritt jedenfalls dadurch, daß jetzt im Verkehr mehr und mehr Gewicht auf den Realcredit gelegt und demgemäß das Pfandwesen ausgebildet wurde. Der Personalcredit mit seinen zwei Steigerungsformen: Personalhaft und Bürgschaft, war das eigentlich nationale Creditsystem der Römer gewesen; als aber *„utilitas pignorum irrepserit“*[9], lag es nahe, die verwandte Idee des *pignus in causa judicati captum* zu einem Executionssystem auszubilden; hatte doch der Personalcredit, welcher schon in der *lex Poetelia* wesentlich geschwächt worden, mit der *cessio bonorum* den Stich in's Herz bekommen, und war doch der Idee einer Pfändung auch in der *missio in possessionem rei servandae causa*[10] vorgearbeitet worden! Dazu kam, daß Abpfändung von Sachen immer schon als ein publicistisches Recht von Magistraten in Rom und den Provinzen geübt worden und von da auch in manche Gebiete des Privatverkehrs übergegangen war[11].

In dem Grundgedanken dieses neuen Systems lag einmal ein Gegensatz

---

1) *Gai.* 3, 78. 79; *fr.* 8. *de cess. bonor.* (42, 3); *c.* 4. *qui bonis* (7, 71).
2) *fr.* 4. *de cess. bon.* (42, 3).
3) nicht ein Generalsenatsconsult, wie v. Bethmann-Hollweg II. S. 690 annimmt.
4) *re integra potestas ipsorum est eligendi.*
5) *fr.* 5. 9. *de curat. dandis* (27, 10); *c.* 4. *de cur. bon.* (42, 7).
6) *fr.* 31. *de re jud.* (42, 1); *c.* 1. 7. 8. 9. *si in causa jud.* (8, 23).
7) *fr.* 31. *de re jud.* (42, 1); *Paul. V,* 5a. § 4; *c.* 9. *de exec. sent.* (7, 53). v. Bethmann-Hollweg II. S. 547. — 8) v. Bethmann-Hollweg II. S. 692. 693.
9) *Ulp.* in *fr.* 14. § 1. *de pec. c.* (13, 5).
10) mit der Bedeutung eines *pignus praetorium*: s. Cursus § 275. 354.
11) Vergl. oben (Excurse) S. 353. Dazu v. Savigny Verm. Schr. II. S. 450. Dernburg d. *emtio bonorum* S. 7; Rudorff R. Rechtsg. II. § 92. Anm. 2. 3; v. Keller Civilpr. § 83. v. Bethmann-Hollweg II. S. 691.

zur Universalsuccession und eine völlige Ablösung von der Persönlichkeit des Schuldners, aber zugleich kündigte sich darin auch der Gedanke der directen Naturalexecution an. In jenem Executionsprivileg der Senatspersonen war dieser Gedanke noch nicht gegeben, wie dasselbe denn auch sonst noch der Universalexecution sehr nahe stand; allein in der neuen Pfandexecution wegen Geldschulden war schon vorgebildet, daß es die eigentliche Leistung (Geldsumme, Pfanderlös) sei, welche erzwungen werden solle. So lag denn diese *pignoris capio* in der That ganz außerhalb des nationalen Proceßsystems, und dem entsprechend galt es als ein Verfahren *extra ordinem*[1]. Dieselbe Zeit, welche durch das moderne Institut der *litis denuntiatio* die alte *in jus vocatio* zu verdrängen anfing[2], beschränkte auch mittels der Special- und Naturalexecution den Raum der alten personellen und universellen Executionsidee.

Diese *pignoris capio* oder Beschlagnahme einzelner Werthstücke fand auf Grund liquider Geldschuld und nach Ablauf der richterlich gewährten Zahlungsfrist durch die Hand der Gerichtsdiener (*apparitores, executores*) statt; sie begründete ein mit der Abpfändung beginnendes Pfandrecht[3]. Binnen der traditionellen (alten Addictions- und Venditions-) Frist von 2 Monaten erfolgte öffentlicher Verkauf (*licitatio et addictio pignoris*)[4] durch die Gerichtsdiener[5] und Auszahlung an die Gläubiger[6].

C. Die eigentliche Naturalexecution. Die Entwickelung der civilprocessualen Executionsmittel im röm. Recht ist eines der schönsten Beispiele normalen und stufenweisen Ganges; innerhalb der äußeren Contoure, d. h. mit Beibehaltung der (zweimonatlichen) Hauptfrist[7], fand der allmähliche Uebergang vom idealistischen Institut der Personalexecution zu dem vollendeten Naturalismus der directen Specialexecution statt. Die XII Tafeln, die *lex Poetelia*, das prätorische Edikt, die Augustische Gesetzgebung, endlich das auf den Ediktsabschluß folgende Zeitalter der Antonine, also die Hauptquellen und Hauptstufen der allgemeinen Rechtsgeschichte, sind auch an jener Entwickelung vornehmlich betheiligt. In diesem engen Rahmen scheint sich der Geist des ganzen Rechts der Römer zu spiegeln, und darum, als Rom dem humanistischen Peregrinenthum, die idealistische Energie der utilitarischen *pinguitudo* zu erliegen begannen, zahlte auch der Civilproceß der Zeit seinen Tribut; diese flachte den Gedanken der Execution ab, aber gestaltete sie freilich auch handlicher, zweckdienlicher und milder.

In der *pignoris capio* war der idealistische Faden und der Standpunkt der *condemnatio pecuniaria* noch nicht völlig aufgegeben, denn der Gedanke blieb, daß der Beklagte eine Geldsumme leisten müsse, und daß darauf seine Person verpflichtet und in Anspruch zu nehmen sei; es wurde nur diese Obligation künstlich mit einem Pfandnexus ausgestattet, d. h. zu der Proceß- oder Judicatsobligation eine Proceßhypothek gefügt[8], die, wenn sie einmal begründet war, das Verfahren im gewöhnlichen Pfandwege verlaufen ließ. Selbst wenn es eine baare Geldsumme war, die abgepfändet wurde, galt diese immer zunächst als Pfandobjekt, nicht als direct erzwungene Leistung; die Ausführung eines unmittelbaren Zahlungsbefehls galt als *incivilis*[9].

Dennoch trat hier bei Geldsummen die Abpfändung praktisch der Natu-

---

1) *fr.* 50. *de evict.* (21, 2). — 2) s. Cursus § 348.
3) *c.* 1. *si in c. jud.* (8, 23); *c.* 2. *qui potior.* (8, 18).
4) *c.* 2. *si in c. jud.* (8, 23); *fr.* 15. § 6. *de re jud.* (42, 1).
5) *fr.* 50. 74. § 1. *de evict.* (21, 2). — 6) *fr.* 31. *eod.* — 7) s. Cursus § 275.
8) s. Cursus § 356. — 9) *fr.* 23. § 3. *quod met. c.* (4, 2).

ralexecution so nahe, daß kaum ein Unterschied blieb, und kein Bedürfniß war, hier zum Princip der Naturalexecution überzugehen. Eher mußte dieses Bedürfniß da entstehen, wo der Klaganspruch auf Sach- und Werthleistungen anderer Art, z. B. Naturalrestitution eines Depositum, Exhibition, gerichtet war. Im Ordinarproceß aber scheint die Zeit der classischen Jurisprudenz diesen Schritt noch nicht gewagt zu haben[1]; entgegenstehende Digestenstellen[2] enthalten wohl interpolirtes, d. h. Justinianisches Recht. Nur da, wó öffentliche Interessen eine schleunige Rechtshülfe heischten, wie in gewissen Interdictsfällen und manchen *extra ordinem* zu erledigenden Streitfragen, mag der Magistrat direct auf die fragliche Sache losgegangen und auf Antrag zur Anordnung eines Zwanges *manu militari* bereit gewesen seyn[3]. So lange die *condemnatio pecuniaria* bestand und Regel blieb, konnte der Gedanke einer directen Specialexecution nicht zur wirklichen Anerkennung gelangen; es wäre das eine Ablösung der Execution von der Formel und der *condemnatio* gewesen. Erst mit dem Bruch des bisherigen Condemnationssystems konnte das Princip der unbedingten Naturalexecution zum Durchbruch kommen: eine That des nachclassischen Rechtssinnes.

## V.

## Das außerordentliche Verfahren.

Zu § 356. 357] A. *Extraordinaria cognitio.* Es hatte von jeher im *imperium mixtum* der höheren Magistrate gelegen, daß sie in solchen Fällen, die ohne eigentlichen und selbständigen Proceß zu einer raschen Erledigung drängten, ohne Instruction eines Judicium *brevi manu* durch Decret entschieden (*stipulationes praetoriae, missiones in possessionem, in integrum restitutiones*). Der Kreis dieser Cognitionalsachen im alten Sinne[4] erweiterte sich in der Kaiserzeit so beträchtlich, daß der Prätor für sie besondere Gerichtstage (*sessiones pro tribunali, dies cognitionum*)[5] einrichten mußte[6]. Dahin gehörten namentlich solche (zuweilen mit Interdictsanlässen zusammentreffende) Fälle, in denen eine Staatspflicht der Bevormundung und Aufsicht anerkannt wurde[7]: nämlich 1) Adoptionssachen, wobei die *justa causa arrogationis* und Interessen Dritter in Frage kommen konnten[8]; 2) Alimentensachen, indem eine *Oratio D. Marci* bestimmte: *ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam auctore Praetore facta*[9], um leichtsinnigen Abkommen und Uebervortheilungen derer vorzubeugen, welchen Alimente vermacht waren[10]; 3) Vormundschaftssachen vermöge der durch *Scta* und *Constitutiones* sehr ausgebildeten Competenz der *Praetores tutelares;* zu der *jurisdictio pupillaris* gehörten die Erörterung bei der Vormundsbestellung (*inquisitio*), Bestimmung über Erziehung, Unterhalt, Grundstücksveräußerung, Excusation, *potioris nominatio* und Rechnungsablegung[11]; 4) Miethumzugs- und Begräbnißsachen[12]; 5) Communalsachen (*de honoribus et muneribus*)[13];

---

1) *Ulp. fr.* 3. § 2. *de reb. cor.* (27, 9).
2) *Ulp. fr.* 68. *de rei vind.* (6, 1); *fr.* 21. § 4. *de op. n. n.* (39, 1).
3) v. Bethmann-Hollweg II. S. 697—9. Dazu v. Savigny System V. S. 123. Dernburg Pfandrecht II. S. 310. — 4) s. Cursus § 226. — 5) *fr.* 2. § 2. *quis ordo* (38, 15).
6) v. Bethmann-Hollweg II. S. 175. 759. — 7) Vergl. oben (Excurse) S. 379.
8) *fr.* 15. 17. 22. 39. *de adopt.* (1, 7): Rescript des *D. Marcus.*
9) *fr.* 8. *pr. de transact.* (2, 15). — 10) *fr.* 8. § 1. 6. 11. 20. *eod.*
11) *fr. Vatic.* § 173. 232; *fr.* 6. 7. *de conf. tut.* (26, 3); *fr.* 1. 5. *ubi pup.* (27, 2); *fr.* 1. 3. § 9; *fr.* 5. § 10. *de reb. cor. qui sub tut.* (27, 9); s. v. Bethmann-Hollweg II. S. 98. 761
12) *fr.* 1. § 2. *de migrando* (43, 32); *fr.* 12. *pr.*; *fr.* 14. § 2. *de relig.* (11, 7); *fr.* 43. *de rei vind.* (6, 1).
13) *fr.* 5. *pr. de extrao. cogn.* (50, 13); *fr.* 8. *de pollic.* (50, 12).

6) Fiscalsachen[1]; hier sowohl, als zuweilen auch in Alimentationssachen[2] war es der *Procurator Caesaris*, welcher cognoscirte[3]. 7) Pronuntiationssachen in Statusfragen, z. B. die *pronuntiatio, an quis in libertate sine dolo malo sit*[4].

Neben diesem erweiterten Kreise von uneigentlichen Jurisdictionssachen wurden nun aber in der Kaiserzeit auch gewisse Streitsachen, welche den vollen Proceßapparat verlangten, nach Art jener Cognitionalsachen dem Magistrat zur Erledigung durch eigenen Entscheid überlassen[5]: hieraus bildete sich ein besonderer Kreis processualer Cognitionalsachen[6]. Diese wurden, da sie Rechtsfragen des neueren *jus extraordinarium*[7] enthielten, *extraordinariae cognitiones* genannt, und obwohl die Rechtsmittel wirkliche Klagen waren, doch nicht den eigentlichen *actiones* gleich geachtet und daher meistens als *persecutiones, remedia, auxilia*, oder *petitiones extraordinariae* bezeichnet[8], oder noch mit *extra ordinem subvenitur, interpellatur* ausgedrückt[9]; doch kommt schon bei Scaevola, Ulpian und Paulus auch der Ausdruck *actio* (*extraordinaria*) vor[10].

Diese Cognitionalprocesse betrafen Vermögens- und andere Ansprüche[11], vornehmlich folgende Streitsachen: 1) Fideicommißsachen — seit Augustus und Labeo — d. h. Ansprüche aus freien letztwilligen Zuwendungen, worüber die Consuln, besondere Prätoren und die Statthalter judicirten[12]; 2) Alimentensachen zwischen Eltern und Kindern, Patron und Libertus vor den Consuln, *Praefectus Urbi* und Statthaltern — hauptsächlich durch Rescripte der beiden Antonine und in der Zeit ausgebildet, als man anfing, die *naturalis ratio* genauer zu bestimmen: denn die Ernährpflicht wurde nicht auf die *potestas*, sondern auf die *naturalis cognatio* und das *officium pietatis* gegründet[13]. *De alimentis patroni arbiter solet dari, arbitraturus quantum sit in facultatibus; ut perinde possint alimenta moderari*[14]. 3) Emancipations- und Manumissionssachen zwischen dem Gewalthaber und seinem Sohn oder Sklaven, worin nicht bloß Ersterem, sondern selbst Letzterem eine Art *persona standi in judicio* eingeräumt wurde[15]. 4) Honorar- und Salärfragen der Sachwalter, Aerzte, Lehrer, Feldmesser, Unterhändler, Comites und Assessoren in den Gerichten[16].

Alle diese Sachen wurden als wirkliche Rechtsstreite zwischen zwei Gegnern contradictorisch verhandelt; dagegen fiel hier sowohl die *in jus vocatio*, als die *formula* und *litiscontestatio* weg, da die Pietäts- und Anstandsrücksichten jene verboten, und die summarische Erledigung durch den Magistrat selbst der Constituirung eines Judicium überhob[17]. Statt dessen erließ der Magistrat auf gestelltes Ansuchen des Imploranten (*postulatio* und *impetratio*

---

1) *fr.* 23. § 1. *de app.* (49, 1); s. v. Bethmann-Hollweg II. S. 183. 760.

2) *fr.* 8. § 19. *de transact.* (2, 15). — 3) Rudorff II. § 60.

4) *fr.* 7. § 5. *de lib. causa* (40, 12).

5) Ob vielleicht einen Uebergang dazu das *actionem denegare* (neben der *exceptio*) bildete? Die summarische Abweisung durch Decret mehrte sich in der Kaiserzeit; entsprechend heisst es auch (z. B. im *Sct. Macedon.*): *actio non datur*. Vergl. *Gai.* 3, 122 *jct. Paul.* 1, 20. Ferner *fr.* 21. § 9. *de recept.* (4, 8). Dazu Bekker die Aktionen II. S. 229 und Kuntze Cursus § 674. sub 13.

6) Bekker die Aktionen II. S. 199. — 7) s. oben (Excurse) S. 375.

8) *fr.* 10. 34. 49. 178. § 2. *de V. S.* — 9) *fr.* 43. *de rei v.* (6, 1).

10) *fr.* 52. § 2. *de act. emti* (19, 1); *fr.* 52. *pr. de judic.* (5, 1); *fr.* 34. *de V. S.*

11) Bekker *l. c.* S. 194 ff.

12) *Gai.* 2, 278; *Ulp.* 25, 12; *fr.* 92. *de condit.* (35, 1); *fr.* 41. 44. *de fideic. libert.* (40, 5).

13) *Ulp. fr.* 5. *pr.* — § 9. 14. 16. *de agn. et al. lib.* (25, 3). — 14) *fr.* 5. § 25. *cit.*

15) *Coll. leg.* 2, 3; *fr.* 5. *si a par.* (37, 12); *Gai.* 1, 53; *fr.* 5. *pr. de manum.* (40, 3); *fr.* 7. *de lege Corn. de falsis* (48, 10); *fr.* 53. *de judic.* (5, 1).

16) *fr.* 1. 3. 4. *de extrao. cogn.* (50, 13); *fr.* 1. *pr. si mensor* (11, 6); *fr.* 1. *de proxen.* (50, 14); *fr.* 19. § 10; *fr.* 38. § 1. *locati* (19, 2). — 17) Bekker *l. c.* S. 225.

*cognitionis*) eine Citation an den Gegner (*evocatio*), welche entweder durch den Imploranten selbst (*denuntiatio ex auctoritate*) oder auch durch den Ortsmagistrat (*literae*) zu übermitteln war, und die Streiteinlassung des Gegners (*susceptio litis s. cognitionis*) war kein processuell kritischer Punkt[1]. War der Wohn- und Aufenthaltsort unbekannt, so erfolgte die Ladung durch öffentlichen Anschlag im Album des Prätor (*propositio trium edictorum, tribus edictis evocare, edictum peremtorium impetrare*)[2]; im Contumazfall ging die Verhandlung ohne den Gegner vor sich, wenn der Implorant dies beantragte[3]. In Mangel der Litiscontestation wurde die Ladungszufertigung als entscheidender Proceßanfang angesehen[4]. Peremtorische Einreden konnten bis zum Schluß des Verfahrens vorgebracht werden, wie zuerst Hadrian im *Edictum perpetuum* anordnete[5]. Die Verhandlung wurde protocollirt und das Urtheil aus dem Concept verlesen (*recitatum ex periculo*)[6]. Appellation war zulässig. Die Execution wurde direct auf den Klagzweck gerichtet[7].

B. Rescriptsproceß und Statussachen. Während in der *extraordinaria cognitio* ein sachlich neues Gebiet sich aufthat und durch Einführung eines neuen Verfahrens für solche Sachen das Gebiet des *ordo judiciorum* nur negativ begrenzt, d. h. seine natürliche Erweiterung verhindert wurde, erfuhr dieses Gebiet eine positive Beeinträchtigung durch das Aufkommen des Rescriptsprocesses, denn in demselben fanden solche Sachen Erledigung, welche der Regel nach in ordentlicher Klage (durch prätorische Formula) zu verfolgen waren. Dieser Rescriptsproceß gründete mithin nicht ein Nebengebiet des *ordo judiciorum*, sondern brach in dessen Gebiet selbst ein und nahm einen Theil desselben in Besitz. Die Kraft solcher Eroberung konnte nur vom Princeps ausgehen, allein als man sich an diesen Bruch durch den Princeps gewöhnt hatte, schritt man auch dazu fort, den Consuln und Prätoren eine analoge Ausnahmecompetenz einzuräumen, und insofern die Ausnahme zu einer stehenden Institution zu machen.

Uebrigens verdient es bemerkt zu werden, daß, gleichwie freiwillige und streitige Jurisdiction *extra ordinem* zur Entwickelung kam, so auch das Rescriptverfahren in doppelter Anwendung Platz griff, d. h. nicht bloß für Proceßsachen, sondern auch für Gewährungen und Beglaubigungen ohne Proceßkarakter. Dies war der Fall, wo dem Regenten vorbehalten war, concrete Privilegien *per Rescriptum* zu ertheilen[8]. Freilich konnte auf Grund einer solchen Privilegertheilung dann noch ein Streit entstehen, wenn der gegnerische Interessent behauptete, daß Supplikant das Rescript durch falsche Anführungen erschlichen habe[9].

---

1) *fr.* 1. *pr.*; *fr.* 7. § 3. *de susp. tut.* (26, 10); *fr.* 3. § 9; *fr.* 13. *pr.*; *fr.* 29. § 2. *de minor.* (4, 4); *fr.* 39. § 6. *de procur.* (3, 3); *fr.* 39. *pr. de evict.* (21, 2); *fr.* 26. § 7. 9. *de fideic. libert.* (40, 5).

2) *fr.* 73. *pr.* § 1; *fr.* 75. *de judic.* (5, 1); *fr.* 53. § 1. *de re jud.* (42, 1).

3) *fr.* 73. § 1. *de judic.* (5, 1); *fr.* 27. § 1. *de lib. causa* (40, 12).

4) *fr.* 20. § 6. *de her. pet.* (5, 3); *fr.* 33. *de O. et A.* (44, 7).

5) Bekker *l. c.* S. 221 ff. — 6) *c.* 1. *de sentent.* (7, 44).

7) *fr.* 41. *de minor.* (4, 4); *fr.* 4. *ad Sct. Treb.* (36, 1); s. v. Bethmann-Hollweg II. S. 194. 760. 763—781.

8) Fälle: Ertheilung der Ingenuität (*jus aureorum anulorum* und *natalium restitutio*: s. Cursus § 381), Zusprechung des Eigenthums an den Pfandgläubiger (*impetratio domini*: s. Cursus § 970), *emancipatio*, *legitimatio* und *arrogatio* (*per rescriptum Principis*), Uebernahme der Tutel durch Mutter oder Grossmutter (*fr.* 18. *de tutel.* 26, 1), ein Fall fideicommissarischen Freiwerdens *fr.* 27. *de fid. lib.* (40, 5).

9) *Praescriptio mendacii.* Dabei, z. B. bei *legitimatio per rescr. Princ.*, war zu unterscheiden: a) ob die thatsächlichen Voraussetzungen des Rescripts, die vom Gegner bestritten werden, in das freie Ermessen des Regenten gestellt sind; z. B. Supplikant hatte im Bittschreiben angeführt, im Verlöbniss mit der Mutter seines unehelichen Kindes gestanden zu haben und der Gegner bestreitet es: hierüber findet das Verfahren vor dem Regenten Statt; b) ob die thatsächlichen Voraussetzungen gesetzliche Erfordernisse sind; z. B. Gegner bestreitet die Vaterschaft des Supplikanten: hier ist es unentziehbares Recht der Partei, dass die Frage im geordneten Civilprocesswege entschieden wird.

1. Der **Rescriptsproceß** trat ein, wenn ein Implorant (Supplikant) sich an den Princeps als obersten Reichsmagistrat wendete, damit dieser in erster Instanz (in seiner Kanzlei) selbst cognoscire und erkenne, oder durch den von ihm instruirten ordentlichen Richter (*per judicem ordinarium*), bez. durch einen von ihm eigens ernannten außerordentlichen Commissar (*per judicem datum*) cognosciren und erkennen lasse. Das Gesuch mußte schriftlich an den Princeps gerichtet werden (*supplicatio, libellus*), worauf entweder — selten — die Ansetzung eines Termins und Ladung des Gegners von der Kanzlei besorgt[1], oder mittels kaiserlichen Rescripts dem Richter eine Anweisung ertheilt wurde, welche der Implorant dann zu übermitteln hatte. Die *impetratio rescripti* vertrat hier die Formula und bez. Litiscontestation[2]. Dem Gegner mußte bei der *denuntiatio* gleichfalls das Rescript vorgelegt werden, damit er sich behufs seiner Streiteinlassung informiren konnte (*exceptio sub-* und *obreptionis, praescriptio mendacii*, d. h. Einrede des durch Verschweigung oder Fälschung von Thatsachen erschlichenen Rescripts)[3]. Nach Schluß der Verhandlung entschied der Richter, ob der erwiesene Sachverhalt den im Rescript vorausgesetzten Umständen entspreche (*si preces veritate nitantur*). Appellation blieb ausgeschlossen, falls der Princeps selbst entschied oder den ernannten Richter für inappellabel erklärte[4].

2. **Statussachen** wurden wegen des Interesses der Reinhaltung der Stände den Consuln und Statthaltern zu eigner Cognition überwiesen: dies geschah rücksichtlich der *ingenuitas* und *libertinitas* seit einer *Oratio D. Marci*, also desselben Princeps, welcher auch die Inappellabilität der durch Rescript ernannten Richter beliebte[5]. Rechtsstreite, welche die Familia (d. h. *patria potestas* und Agnation) betrafen, kamen häufig zur *cognitio Praetoria* und wurden so gleichfalls den Geschwornengerichten entnommen[6].

Indem in allen diesen Cognitions- und Rescriptsprocessen der Rahmen der Schriftlichkeit immer breiter wurde, die Theilung des Verfahrens *in jus* und *judicium* wegfiel, nicht mehr geschworne Spruchrichter, sondern die Magistrate (darum nun selbst *Judices* genannt) cognoscirten und entschieden, daher auch weder Formula ertheilt, noch eigentlich *lis* contestirt, überdies das System der *pecuniaria condemnatio* verlassen, und directe Special- (oder Natural-) Execution verhängt wurde: ist hier die Bahn zu erkennen, auf welcher dann die Proceßumgestaltung in der Diocletianischen Epoche grundsätzlich von Statten ging.

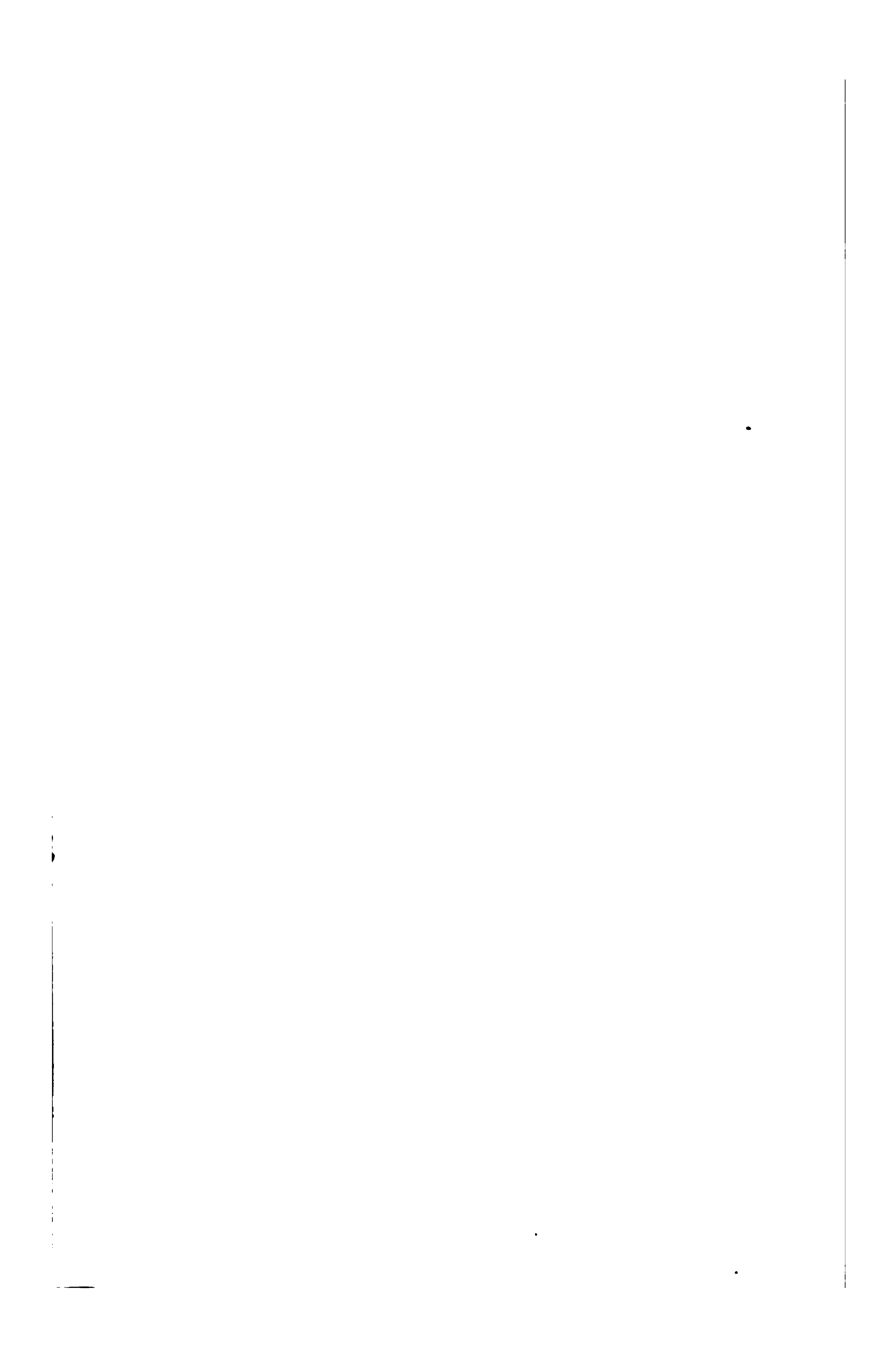
---

1) *fr.* 21. *rat. rem* (46, 8).
2) *c.* 10. *C. Th. de div. rescr.* (1, 2); *c.* 1. *C. Just. quando lib.* (4, 20).
3) *c.* 1—5. *si contra jus* (1, 22).
4) *fr.* 1. § 4. *a quib. app.* (49, 2); *fr.* 18. § 4. *de minor.* (4, 4). v. Keller Civilproc. § 81. Rudorff II. § 62. v. Bethmann-Hollweg II. S. 118. 767. 773. III. S. 239. 262. 350. Bekker *l. c.* S. 197.
5) *fr.* 4. *si ingenuus* (40, 14); *fr.* 1. § 3. *ne de statu def.* (40, 15).
6) *fr.* 1. § 2. *de rei vind.* (6, 1); *c.* 2. *si adv. rem jud.* (2, 27). v. Bethmann-Hollweg II. S. 766.
7) v. Bethmann-Hollweg II. S. 782.

# Zweiter Theil.

## Das System des römischen Privatrechts zur Zeit der classischen Jurisprudenz.

---



# ERSTES BUCH.

## Die allgemeinen Lehren.

---

### XXXVIII. Kapitel.

#### Einleitung. Uebersicht des Systems.

(Zu § 358–369.)

#### I.

#### Der *Paterfamilias,* die Centralgestalt des römischen Privatrechts.

Zu § 359] Das Privatrecht der Römer hat sein besonderes Gepräge durch die Energie empfangen, mit welcher die reine Privatrechtsidee durchgeführt ist. Dieser specifisch privatrechtliche Typus oder civilistische Styl ist in dem älteren streng nationalen Recht, worunter im Allgemeinen das in den XII Tafeln gegründete und unter Leitung der Pontifices entfaltete verstanden werden mag, in eminenter Weise zu Tage getreten; aber auch später, nachdem mancher genossenschaftliche Zug in das System des Privatrechts Eingang gefunden, herrscht der Gesichtspunkt der isolirten, concentrirten und selbstgenugsamen Privatpersönlichkeit so entschieden vor, daß das gesammte Privatrecht der Römer im Großen und Ganzen dadurch bestimmt bleibt.

Im Mittelpunkt dieses Baues steht die Gestalt des *paterfamilias*, eine classisch-plastische Gestalt; sie ist der karakteristische Ausdruck der civilistischen Centralidee der Römer. Von dieser Centralidee aus baut sich die ganze Welt des römischen Privatrechts auf, und bestimmt sich das innere Verhältniß aller Theile desselben. Man könnte fürwahr diese Idee die Centralsonne Rom's nennen; sie bestrahlt alle Theile jenes Baues und durchleuchtet dessen gesammtes Fachwerk: nur was in ihr Licht gerückt und in demselben angeschaut wird, kann wahrhaft verstanden werden. Durch die Gestalt des *paterfamilias* im Mittelpunkte der *res privata* ist dieser Sphäre eine solche Präcision zu Theil geworden, daß kein Privatrecht eines anderen Culturvolks sich mit dem römischen messen kann.

Es ist ein Irrthum, zu denken, daß die Geschichte der menschlichen Gesellschaft vom Individuum zur Genossenschaft aufsteige. Zwar ist der Keim der selbständigen Individualität in alle genossenschaftlichen Lebenskreise gelegt, aber lange pflegt er da zu schlummern, bevor er eine Macht im Leben wird. Noch länger währt es, bevor er gar zum gestaltenden Princip der

Menschheit erstarkt. In der Kindheit der Natur herrscht allenthalben die Idee der Gattung, und das Ganze ist, wie Aristoteles sagt, vor seinen Theilen da. Nur allmählich geht die Massenwirkung in Articulation über, nur langsam emancipirt und löst sich das Individuum von der Gattung, das Familienglied von dem Familienkörper, der Stammgenosse vom Stamm, der Bürger von der Nation, der Einzelwille vom Gemeinwillen, die freie Persönlichkeit des Einzelnen, der ein Ebenbild der Urpersönlichkeit Gottes ist, von den Ordnungen der Natur und Banden der Ueberlieferung, in die er hineingeboren ist, und als deren Resultat und Theil er sich vorerst fühlt und denkt. Nun aber bemerken wir, wie überaus scharf die Linie ist, welche vom römischen Rechtssinn gezogen wurde zwischen der *res publica* und *res privata*, ja man kann sagen, zwischen dem *civis* und *paterfamilias*. Wie in Himmel und Erde, haben die Römer ihre Rechtswelt auseinander gelegt, man könnte das *jus publicum* ihren Himmel, das *jus privatum* ihre Erde nennen. Ihr Capitol mit der Staatsgottheit war ihr Olymp, ihr Privathaus war ihr irdisches Reich, und wie es eben die Art des antiken Heidenthums war, seine wahre Heimat suchte es auf Erden und nicht im Himmel; in der vollen Sinnlichkeit irdischer Verhältnisse fanden die classischen Männer der Antike ihr Genüge, und da waren sie Meister. Der Niederschlag dieses Gefühls irdischer Machtvollkommenheit war die mit großartigen Linien umzirkte Privatsphäre des Römers. Im Mittelpunkte dieser Sphäre, als *paterfamilias*, als Souverän des Hauses, in seiner der Staatsmacht gleichartigen und ebenbürtigen Macht fühlte er sich als Schöpfer, Erhalter und Regierer und erblickte er den Repräsentanten der monarchischen, centralisirenden Idee, welcher, wenn er überhaupt je im Römerthum gegeben gewesen, jedenfalls infolge der Vertreibung der Könige für das Gemeinwesen abhanden gekommen und im capitolinischen Jupiter mehr nur wie ein Schatten erhalten war.

Mit dieser Vertiefung und Ausarbeitung der Privatsphäre hatte eine herrliche und großartige Idee, die dann im Christenthum eigentlich vollendet werden sollte, zunächst ihren irdischen Ausdruck und juristische Anerkennung gefunden: daß zuletzt aller Werth im persönlichen Geiste des einzelnen Menschen ruht, und alle Bildung auf die Vervollkommnung der menschlichen Seele abzweckt. Das Individuum als Ebenbild Gottes ist der letzte Zweck aller Veranstaltungen und Einrichtungen, und das Allgemeine hat Werth nur nach Maaßgabe, als es sich in dem Individuum spiegeln und verwirklichen kann. Der Staat ist ja doch nur eine irdische und vergängliche Institution, während die Seele des Individuums auf Ewigkeit angelegt ist: so dient im letzten Grunde der Staat immer dem Individuum. Alle Entwickelung strebt darum auf das Individuum hin, und die Römer haben etwas Großes geleistet, indem sie mit ihrem Privatrecht dem Individuum einen Kreis eignen Waltens schufen, sicherten und formulirten. Das Individuum als lebendiger Mittelpunkt eines solchen Kreises nun ist der *paterfamilias* in quellenmäßiger Auffassung. Ulpian[1] sagt: *patresfamiliarum sunt, qui sunt suae potestatis, sive puberes sive impuberes*, und *paterfamilias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat, non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus*; — d. h. *paterfamilias* ist die Privatperson in reinster Idee, in rechtlicher Isolirtheit, die Person, welche unbedingte Herrin in ihrer Sphäre ist, die Person

1) in *fr.* 4. *de his qui sui j.* (1, 6) und *fr.* 195. § 2. *de V. S.*

also ohne alle Rücksicht auf genossenschaftlichen Zusammenhang und als Souverän eines Reichs von Beziehungen, die sämmtlich im Lebenszweck und Eigenwillen des Einzelnen zusammenlaufen, die Person, welche Alles unter sich zusammenfaßt und als ihre Pertinenz betrachtet, was nicht dem Staatswillen abgetreten und zugefallen ist, und welche mithin auch die häuslichen Familienbeziehungen als ein Attribut und Monopol des Hauptes, das Familienrecht als ein Privatrecht und analog dem Vermögensrecht, ja fast als ein Vermögensrecht selbst oder als eine Vermögensgewalt ansieht, kurz die verwirklichte abstracte Person.

*Paterfamilias* war Privatmann; wie aber unterscheidet sich das Wort von ἰδιώτης? Im politischen Volksbewußtseyn der Hellenen wog das Gemeinwesen noch dermaaßen vor, daß, wer sich als Einzelwesen gerirte und isolirte, als Ungebildeter und Plebejer im schlimmen Sinne, als Laie oder Philister galt; erst in Rom gelangten die Selbstzwecke der Privataction zu voller Würdigung. Wie *matrona*, war auch *paterfamilias* eine Ehrengestalt, und man merkte es seiner Haltung an, daß er sich nicht bloß als positives Glied, sondern ebenso als negative Grenze des Staates fühlte. Daß das Haus die Burg des Privatmanns sei, und an der Schwelle des Hauses, wie vor dem Thor der Burg, der Staatswille Halt machen und schweigen müsse, weil er hier auf eine gleich ihm originale Autorität treffe; daß der Staat, welcher sich selbst achte, auch das Privatgebiet des Einzelnen achten müsse, und daß wer dieses Privatgebiet antaste, diejenigen Fundamente gefährde, auf welchen der Staat selbst mit beruht: dies ist nicht erst an den Burgen mittelalterlicher Ritter oder den Häusern britischer Unterthanen, sondern zuerst und in vollstem Maaße im alten Rom erkannt und anerkannt worden. Schon die XII Tafeln proclamirten: *Privilegia ne irroganto* und *Uti nuncupassit et legassit, ita jus esto;* noch Cicero[1] erklärt: *non, quicquid populus jusserit, ratum esse oportet;* wieder mußten die Kaiser anerkennen: *ut rata esset voluntas militis quoquo modo testantis,* und wie gern und oft provocirten die röm. Juristen auf den *mos patrisfamilias*[2]*!*

Wir haben das Recht als einen Ausfluß und Ausdruck der persönlichen Energie definirt[3]: im römischen *paterfamilias* nun haben wir die fleischgewordene höchst persönliche Energie vor uns. Von diesem ideell-reellen Centrum aus ist die Lehre des römischen Privatrechts auf- und auszubauen.

## II.

## Der Idealismus des römischen Rechts.

Zu § 359] A. Es ist oben[4] schon vom Idealismus in unserer Wissenschaft, und dann wieder[5] vom Idealismus in der Jurisprudenz der Römer die Rede gewesen; als Gegensatz dazu ist der Naturalismus genannt worden. Absichtlich ist der Ausdruck Realismus dabei vermieden, denn unter diesem verstehen wir einen solchen Grundzug, welcher keinen eigentlichen Gegensatz zum Idealismus bildet: Ideen sind uns reale Größen, d. h. wirkliche und wirksame Kräfte des Geisteslebens; so unterscheiden wir reelle und unreelle Ideen und können die Realität an sich nicht als Gegensatz der Idealität denken. Beispielsweise ist die Idee der christlichen Kirche eine die Menschheit beein-

1) *Cic. pr. Caec.* 33. — 2) z. B. in *fr.* 50. § 3. *de legat. I.* — 3) s. Cursus § 3.
4) s. Excurse S. 2 ff. — 5) s. Excurse S. 321. 325 ff.

flussende und durchwaltende Geistesmacht mit einer Fülle realer Wirkungen; oder die Stiftung ist eine Rechtsidee, von welcher im einzelnen Fall eine Summe realer, in das Leben bedeutsam eingreifender und mit dem übrigen Verkehr sich verschlingender Wirkungen ausgeht; oder die Firma ist Ausdruck einer merkantilen Potenz, welche die Quelle der wichtigsten realen Werthe im Verkehr wird; auch jedes einzelne Rechtsverhältniß ist ganz abgesehen von seiner äußerlichen Darstellbarkeit ein ideal-reales Lebensverhältniß, welches nicht ein abstraktes Gedankending, sondern eine Ursache concreter Erscheinungen wird[1].

Der Naturalismus also ist es, welcher uns als der richtige Gegensatz zum Idealismus erscheint. Unter jenem aber verstehen wir denjenigen Grundzug des menschlichen Geistes, welcher diesen so, wie es im Kinde vorherrschend zu seyn pflegt, der natürlichen Umgebung, der unfreien Naturordnung und der überkommenen Tradition hingibt und unterordnet. Wo dies der Fall ist, erscheint der Geist des Individuums, des Volks, mehr oder minder wie ein Reflex der Natur, abhängig von den Eigenschaften des Klimas, unterthan den Eindrücken der Landschaft und Witterung, und theils sklavisch hangend an dem Angebornen und Gewohnten, theils schwimmend auf der durch die Begebenheiten bestimmten Zeitströmung und getragen von der Welle des Augenblicks. Das ist das Wesen des Kindes mit seinem vorwaltenden Phantasieleben ohne Karakter und persönliche Sammlung; das ist das Wesen des Orients, wo das Menschengeschlecht seine Kindheit verlebt hat. Naturalismus und Orientalismus könnten fast als identisch gelten. Mit dem Hellenenthum treten wir in das Zeitalter der Jugend ein, wo die Persönlichkeit sich sammelt und concentrirt, sich gleichsam von der Außenwelt zurückzieht, ja ihr fast entfremdet, sich eine eigenartige und unabhängige Innenwelt, eine Welt der Freiheit errichtet und ausbaut und so zu jenem Aufschwung edler Sitte gelangt, welcher im Gegensatz des Barbaren- und Peregrinenthums bei den Hellenen und Römern zu Tage tritt. Dieser Idealismus ist der Geist des classischen Alterthums und identisch mit dem antiken Occidentalismus. Wir wollen jetzt nicht erörtern, ob das die letzte Stufe der Entwickelung, und ob es nicht die weitere Aufgabe der Menschheit sei, den in sich gesammelten und karaktervoll befestigten Geist, welcher sich von dem Naturgrunde des Lebens entfernt und fast entfremdet hatte, zu diesem Grunde zurückzuleiten, um eine nützliche Herrschaft des Geistes über die Natur aufzurichten und zu vollenden. Das wäre eine noch höhere Stufe der Cultur, als die classische Antike erreichte, und ein Fortschritt in der weltgeschichtlichen Mission des Menschengeistes, welcher nach dem Urgebot Gottes, zu herrschen über die ganze Erde, alles Irdische persönlich durchdringen, vergeistigen und alles unpersönliche Leben auf Erden an die persönlichen Herrscher der Erde knüpfen soll. Uns kommt es hier aber nur darauf an, zu zeigen, inwiefern jener Idealismus, welcher insgemein als ein Monopol des Hellenenthums angesehen wird, genau in derselben Weise dem Römerthum eignet und geradezu dessen universalhistorischen Grundzug ausmacht. Mit Absicht lautet die Ueberschrift nicht: Idealismus im römischen Recht, sondern: des römischen Rechts.

Es ergibt sich aus dem Gesagten, daß, wenn wir vom Idealismus und Naturalismus reden, wir an sich nicht einen sittlichen oder gar religiösen

---

1) s. oben (Excurse) S. 8.

Werth und Unwerth meinen. Das Kind kann in seinem naturalistischen Phantasieleben ebenso sittlich und religiös seyn, als der Jüngling im idealistischen Aufschwung seiner Energie, und es ist wieder nicht die Moral in Frage, wenn die Ehre der Arbeit proclamirt wird, und der moderne Geist es als seinen Beruf erkennt, zu dem Naturgrunde des Volks- und Verkehrslebens sich zurückzuwenden, um ihn zu beherrschen und zu durchgeistigen. Es kann nur von Stufen des Geistes überhaupt oder von den verschiedenen Lebensaltern der menschheitlichen Entwickelung geredet, und es darf dabei nicht vergessen werden, daß ein s. g. gebildeter Mann recht wohl sittlich niedriger stehen kann, als ein noch im Naturleben befangenes naives Kind. Mit Einem Worte: der bezeichnete Gegensatz ist ein Gegensatz der Cultur, nicht der Moral, und nicht eine Frage der Ewigkeit, sondern des irdischen Daseyns. Wir lassen demnach die Frage der Moralscala hier ganz bei Seite, wenn wir behaupten, daß der Idealismus, gleichwie er der Grundzug des hellenischen Phantasielebens, so auch der des römischen Energielebens ist, und daß in derselben Weise, wie das hellenische Kunstwesen sich vom orientalischen und germanischen Naturalismus unterscheidet, auch das römische Rechts- und Staatswesen im Gegensatz zum orientalischen und germanischen Naturalismus steht. Wir erörtern hierbei nicht weiter, in wiefern der orientalische und der germanische Naturalismus sich unterscheiden, jener in der Kindheit starr geworden ist, und dieser es auf Grund der Reception der Antike zu einer Versöhnung von Natur und Geist gebracht hat oder noch bringen soll: unsre hiesige Aufgabe beschränkt sich eben darauf, das *bonum et aequum* der Römer als einen dem hellenischen καλὸν κἀγαθόν gleichartigen und ebenbürtigen Grundzug und als den wahren Geist des römischen Rechts, d. h. als denjenigen Karakterzug aufzuzeigen, durch welchen die Rolle des römischen Rechts in der Weltgeschichte des Rechts überhaupt markirt wird.

Wir stellen diese Anschauung vom römischen Recht entgegen derjenigen, welche im Egoismus den Geist des Römerrechts ergründet zu haben meint[6], und ebenso derjenigen, welche im römischen Recht einen Gegensatz zur hellenischen Freiheit und Mannichfaltigkeit wahrnimmt[2]. Nicht Egoismus, sondern Energie war das Lebenscentrum des römischen Rechts, und diese Energie nicht egoistischer als die Phantasie der Hellenen. Die Peripherie aber, welche um die röm. Rechtswelt vom Idealismus gezogen wurde, war der Zug karaktervoller Individualität und freier Persönlichkeit, und dieser schuf zunächst im Privatrecht eine solche Welt der Freiheit, daß nur eben in der hellenischen Mythenwelt Aehnliches gefunden wird. Nicht der Feind, sondern der Bruder von Hellas war Rom, wie in der Sprache, so durch sein Recht.

B. Wir haben oben die Proculianer als die Repräsentanten des Idealismus bezeichnet[3], woraus erhellt, daß wir sie vorzugsweise als die römischen Juristen ansehen: wir würdigen in der That den Labeo, wenn wir auf die Fülle und Originalität des juristischen Denkens sehen, als den eminentesten Juristen der Römer, und wir halten dafür, daß in dem späteren Ueberwiegen des Sabinianismus der Abfall vom Römerthum beginnt, und die Wendung zum orientalischen Byzantinismus sich ankündigt. Am ausführlichsten im Bisherigen haben wir den Idealismus des römischen Rechts in dem rechtsgeschichtlichen ersten Theil am Civilproceß gezeigt. Im alten nationalen

---

1) Ihering Geist d. R. R. I. § 20. — 2) Mommsen Röm. Gesch. (*ed.* 4) I. S. 457—460.
3) s. Excurse S. 325.

Sacramentsproceß war die reine Idee des Privatstreits, ohne durch das naturalistische Interesse des äußeren Erfolgs, des *dammum* und der *damnatio* getrübt zu seyn, ausgeprägt und durchgeführt; noch im Formularproceß, welcher mit dem Condemnationspassus allerdings schon ein naturalistisches Element intussuscipirte, drückten doch das System der *pecuniaria condemnatio* und die Sponsionen des Interdictverfahrens jenen idealistischen Grundzug aus; erst in dem Satze der Sabinianer, *omnia judicia esse absolutoria,* beginnt der entschiedene Ansatz einer naturalistischen Umgestaltung des römischen Proceßorganismus[1]. Einen ganz ähnlichen Entwickelungsgang hat die römische Executionsordnung durchgemacht[2]. Der römische Civilproceß ist aber eben nur ein Stück aus dem Gesammtverhalten des Römerthums zur Welt, Natur und allen s. g. natürlichen Bedingungen und Grundlagen des Lebens. Allenthalben ist die Geschichte des Römerthums gewissermaaßen ein Protest gegen die heutige Nationalökonomie und moderne naturalistische Staats- und Rechtslehre.

Die Modernen sagen: die Natur des Landes (des Bodens) mache die Geschichte des Volkes, und darum seien Frankreich und Rußland centralistisch, Deutschland und die Schweiz aber particularistisch; und Rom?! Es hat nie ein Reich gegeben, das geographisch so gegliedert und zerstückelt, politisch und historisch so einheitlich und central war, wie das römische Weltreich. Es hat nie einen Staat gegeben, der so aus sich selbst, d. h. aus der persönlichen Kraft der Bürgerschaft hervorgewachsen wäre und so rein auf dem Geiste der Genossen beruhte. Rom ist wie eine Selbstschöpfung aus dem Nichts, und so erscheint es auch im Spiegel der römischen Ueberlieferung. Nicht im „Lande“, sondern in den „Leuten“ lag der Ausgangspunkt, und alle weitere Entwickelung Rom's war nicht territorialer, sondern nationaler und personaler Art, wie noch der ursprünglich rein personale Begriff der Provincia beweist. Nicht das Land machte den Staat, wie auf germanischem Boden, wo alle Rechts- und Staatsbildung wesentlich localer und territorialer Natur war, sondern der Staat, d. h. die Bürgerschaft (*civitas, populus, exercitus*) machte das Land (*res populi, res publica*). Unabhängig vom räumlichen Zusammenhang und Karakter erstreckte Rom sein ideelles Gebiet über beliebige Punkte Italiens — dies waren seine Colonien, exterritoriale und doch integrirende Theile Rom's —, übersprang Gebirgszüge und Meere, spannte sein Netz um die mannichfaltige Culturwelt, schuf zum ersten Mal in der Geschichte überseeische Provinzen, brachte fast allenthalben den Typus der Stadtverfassung und damit eine gewisse ideale Urbanität zur Herrschaft über die Klimate und Rassen, und machte gewissermaaßen — selbst den Seekrieg in die Formen des Landkriegs zwingend — auch das Meer zum Land. Rom's Genius unterjochte sich die Natur wie die Cultur, in freier Weise und so, wie es der nationalen Eigenart entsprach, Alles gestaltend. Rom, die eine Stadt, galt jederzeit als Vaterland und Heimat aller Römer, der Census beruhte bis zum Ende der Republik auf dem Personalsystem, und ebenso war das System der internationalen Privatrechte nicht das territoriale, sondern nationale. So wenig, wie die hellenische Kunstwelt eine Imitation der sinnlichen Welt, war die römische Staats- und Rechtswelt eine Imitation der geologischen und ethnologischen Natur; wenn unsere naturalisirende Nationalökonomie und Jurisprudenz von Heute ihr Fahrzeug historischer Forschung nicht vor-

1) s. Excurse S. 396. — 2) s. Excurse S. 406.

sichtig steuert, so muß es an dem starken Felsen jenes römischen Idealismus gar zerschellen; und wie dieser Idealismus sein Scepter schwang über der Reichsentwickelung im Ganzen, so auch über dem Bau der Welt des Privatrechts.

Die natürliche Anschauung läßt alle Menschen in den Grundbeziehungen der Persönlichkeit gleich seyn; aber Rom (wie Hellas) erkannte den Barbaren, den Sklaven diese Persönlichkeit ab, scheidend zwischen Mensch und Person, den Bürger über den Menschen erhebend, den Sklaven unter dem Menschen und gleichsam in der Thierwelt (*jus naturale!*) haltend. — Nach natürlicher Anschauung stehen Mann und Frau einander gleich, denn in ihnen ergänzen sich die Geschlechter, und sie zusammen wirken die Völligkeit des Gattungswesens; aber die Nationalanschauung der Römer negirte im Privatrecht die Subjektqualität der Frau, sie zum Objekt der Manusgewalt erklärend. Nach der Naturordnung ist die Frau die Gefährtin des Mannes und Gebärerin seiner Kinder, aber in Rom galt die *materfamilias* als die (erste) Haustochter des Ehemanns und die *conventio in manum mariti* als ein *agnasci;* freilich war es ein Culturfortschritt, daß sie Hauskind, nicht Sklavin war, allein eine Negation des Natürlichen, daß die Ehe sich unter die Formel der Verwandtschaft beugen mußte, und daß, während das Eheband die Bedingung der Zeugung und der väterlichen Gewalt ist, diese Gewalt zum Prototyp der Ehe gemacht ward. Die Ehe ist natürlicherweise ein Band neben der Zeugungs- und Blutseinheit, aber den Römern galt sie als Agnation, und mit der Adoption zusammen bildete sie so eine künstliche Verwandtschaftssphäre neben der auf Blutseinheit ruhenden Verwandtschaft; diese, wie sie einerseits über das Naturband der Cognation hinausragte, war anderseits wieder enger als dieselbe, weil sie weder unrömische und außereheliche Verbindung, noch die Verbindung durch Personen weiblichen Geschlechts begriff; die römische Verwandtschaft war also etwas Anderes als die natürliche. — Consens, nicht Concubitus machte die Ehe, väterlicher Wille, nicht wirthschaftliche Selbständigkeit, emancipirte den Sohn: so wurde alles Natürliche ignorirt, anders als im germanischen Recht. — Wo das Recht im Bande der Natur hängt, wird der Unterschied des Immobiliars und Mobiliars maaßgebend, weil nur der Grund und Boden naturale Selbständigkeit dem Menschen gegenüber bewähren kann: aber im römischen Recht ist die Prävalenz der Grundstücke fast verschwindend, *praedium* wurde von *praes* genannt, Vermögen hieß schlechthin Geld (*pecunia*), während unser „Gut" und „Realität" vorzugsweise das Grundstück bedeutet, und die Unterscheidung von *urbana* und *rustica praedia* ward nicht auf die natürliche Lage, sondern auf die menschliche Zweckbestimmung gegründet. — Die natürliche Basis des Credits muß in objektiven Realitäten gesucht werden, aber die Römer kannten lange nur den Personalcredit und dessen personelle Steigerung (Personalarrest, Bürgschaft); ihr Realcredit und Hypothekenwesen hat immer dem Personalcredit nachgestanden, und der natürliche Vorzug der Grundstücke ist im römischen Hypothekenwesen nie zur Anerkennung gelangt.

Der menschlichen Herrschaft bietet sich vor Allem die natürliche Umgebung, also die Welt sinnlicher Objekte, als Gebiet dar, und diese Welt ist im germanischen Recht einseitig und fast allein entfaltet worden; aber der römische Rechtssinn schritt frühzeitig darüber hinaus, entdeckte in der freien Willenssphäre der Menschen eine neue Welt übersinnlicher und doch ungemein werthvoller und trefflich verwendbarer Herrschaftsobjekte, und in dieser

übersinnlichen Welt ist der antike Rechtssinn dergestalt heimisch geworden, daß wir hier seine genialsten Schöpfungen zu bewundern haben. Die Obligatio der Römer ist eine durchaus ideale Gestalt, wie voll sie auch von realen Verkehrseffecten ist. Von zartester Constitution ist die Obligatio: die Römer aber haben es verstanden, ihre Umrisse so scharf zu prägen, und sie für ihre Functionen zugleich so beweglich zu organisiren, wie es eben nur der vollendete Idealismus in der idealen Welt des Willens vermag. Während der germanische Rechtssinn das Schuldverhältniß mit dem Pfand verschwimmen ließ und es in die Urkunde, wie die Seele in ihren Körper, versenkte: hielt sich die römische Obligatio immer selbständig und aufrecht in ihrer absoluten, übersinnlichen Eigenart; ja man könnte sagen, daß während im germanischen Recht das Forderungsrecht gewissermaaßen sich im Sachenrecht verlor, im römischen Recht umgekehrt der Typus der Obligatio zur Herrschaft kam, das Vormundschaftsverhältniß zum großen Theil in das Element der Obligatio versetzt ward, und die *rei vindicatio* so gut wie die *hereditatis petitio* (*Sctum Juventianum!*), ja das dingliche Recht der Hypothek etwas von der elastischen Natur der Obligatio erhielten. — Nach natürlicher Betrachtung beginnt und schließt das irdische Daseyn der Person mit Geburt und Tod; aber der römische Rechtssinn anticipirte gleichsam dieses Daseyn durch die Fiction des *nasciturus superstes* mit Hinblick auf dessen kommende Existenz, und salvirte gleichsam das beendete Daseyn durch die Fiction des *defunctus superstes,* welcher die *hereditas jacens* beseele und in seinem Nachlaß unsterblich sei. Vom Standpunkt der natürlichen Familienordnung aus stellt sich die Intestaterbfolge als der Normal- und Musterfall dar, aber nach römischer Sitte war die testamentarische Erbfolge prototypisch, und nicht das Blut, sondern der freie und souveräne Wille des Erblassers kettete das Band der Generationen.

Also hatte der energische Rechtssinn des Römervolks eine ideale Welt rechtlicher Einrichtungen und Verhältnisse geschaffen, in welcher man sich heimisch und sicher, erhaben und frei fühlte; erhaben über alle niederen Zufälligkeiten und Aeußerlichkeiten und frei vom Zwange alles dessen, was mit der Natur und ihrem Drucke zusammenhängt. So verstanden die Römer ihr *Jus,* wenn sie es die *Ars Boni et Aequi* nannten.

Aber es ward dieser Idealismus im Laufe der Zeiten abgeschwächt und mit modernen naturalen Nützlichkeits- und Humanitätselementen umkleidet. Aus dem *jus gentium* drangen durch das Edikt der Prätoren solche Elemente ein; noch wurden dieselben assimilirt und römisch verklärt. Allein als mit dem Kaiserthum das Peregrinenthum breitere Bahn gewann, ward auch der souveräne Privatwille eingeschränkt, erfüllte sich die ideale Welt des Rechts mit tausend Rücksichten praktischer Zwecke, ward dem Personalcensus das territoriale System substituirt, trat der Realcredit mehr in den Vordergrund, erhielt der Grund und Boden — so der *fundus dotalis* — besondere Bedeutung, ward der Urkundenverkehr entwickelt, und mußte der letzte Wille manche Concession an die Naturordnung der Familie machen. Dieses Erwachen naturaler Kräfte war ein Fingerzeig auf den Orient. Noch hielt sich das Recht auf der Höhe, es zog nur des Irdischen Vieles an sich; aber endlich nahm es so Vieles davon auf, daß es der „*pinguitudo*“ erliegen und im nachclassischen Byzantinismus erstarren mußte[1].

---

1) s. Excurse S. 297. 305. 325.

## III.

## Der Genossenschaftstypus des germanischen Rechts.

Zu § 359] Wir haben gesehen, inwiefern Idealismus gleichsam die Peripherie der römischen Rechtswelt bildete, und daß im Centrum derselben die majestätische Gestalt des *Paterfamilias* thronte. Alle Rechtstypen, welche dieser Welt angehören, sind mithin von der abstracten Person aus zu construiren; Nichts im strengen (Privat-) Recht der Römer ist genossenschaftlich bedingt, es ist eben reines Privatrecht. Anders das germanische Recht, denn hier ist Alles genossenschaftlich bedingt und bestimmt, die Scheidung des *publicum* und *privatum jus* unvollzogen, und jede, selbst die scheinbar privatrechtliche, Figur trägt ein publicistisches Element in sich; alle Rechtsverhältnisse sind nicht Verhältnisse von Privaten, sondern von Familien- und Geschlechts-, Lehns- und Hof-, Gemeinde- und Zunft-, Mark- und Deich-, Stamm- und Reichsgenossen. Jedes Individuum ist Glied eines Ganzen, auch gleichzeitig Glied an mehreren Körpern, zugethan und angehörig solchen oft ineinander treibenden und verschlungenen Lebenskreisen; es hängt, wie es am Grund und Boden, am Stammgut und Weichbild hängt, so auch an der Genossenschaft; was es hat, das hat es als Genosse, das erhält es als Glied eines größeren Ganzen; nicht aus seiner abstracten und für sich gesetzten Persönlichkeit, sondern aus dem organischen Zusammenhang des betreffenden Lebenskreises und aus dem verfassungsmäßigen Herkommen ist seine Rechtssphäre, ist jedes einzelne Rechtsverhältniß zu verstehen und zu construiren. Das System der Rechte ist genossenschaftlich gegliedert[1].

Die großartigste Anwendung dieses Genossenschaftstriebes erblicken wir im Feudalismus des früheren Mittelalters; denn er erbaute jene auf's Reichste gegliederte und von eminenten Lebenszwecken gleichsam strotzende Welt socialpolitischer Beziehungen und schuf durch die Stufen der Vasallen und Lehnsherren empor eine Verwickelung von Configurationen und eine Fülle der Ornamentik, welche den diametralen Gegensatz zur Einfachheit der classischen Antike bildet; fast karg und kümmerlich erscheint daneben diese. Die breite Basis jenes pyramidalen Aufbaus des christlichen Weltreichs mit den Schwertern Christi auf der Spitze, ist sie nicht das gerade Gegenbild des ausgedehnten Weltreichs der Römer, das auf das Capitol basirt gewissermaaßen auf einer einzigen Spitze zu balanciren scheint? Auch hier wieder werden wir den Idealismus des Römerthums inne.

Es kommt hinzu, daß bei den germanischen Stämmen frühzeitig die Factoren des wirthschaftlichen Berufslebens sich im Rechte geltend machten. Der Ritter hatte andere Lebensaufgaben als der Bauer, wieder andere der Handwerker und Städter, der Bergmann und der Seemann, der Cleriker und der Gelehrte, der Geld- und der Waarenhändler, der Effecten- und der Buchhändler. So wurde das Recht auf germanischem Boden von den Elementen der Berufsehre, der socialen Stellung und der wirthschaftlich getheilten Arbeit dermaaßen durchdrungen und ständisch geschieden, daß auch dem gegenüber das immer und immer wieder bloß vom *Paterfamilias* (und vom *Miles*) aus construirbare Recht der Römer die Erscheinung eines höchst knappen und einfachen Systems bietet.

1) s. Kuntze i. d. Münchener krit. Ueberschau, II. (1854) S. 215—7.

## IV.

## Das System der Rechte nach römischer Anschauung.

Zu § 363] In diesem römischen Rechtssystem haben wir es hauptsächlich nur mit der abstracten Person, mit dem *Paterfamilias* und seinen Beziehungen zu thun; denn der Peregrine war doch im Grunde nichts weiter als das negative Gegenbild, der Latine eine beschränkte Copie des Römers, und der daneben auftretende *Miles* nur der Anfang eines neuen Standesprincips, das eigentlich erst auf christlichem Boden und im mittelalterlichen *Miles*, d. h. im Ritter des Lehnssystems, seine volle Entfaltung und Weihe empfing.

Wie nun gliederte sich von jenem einfachen Centralpunkt aus die Welt des römischen Privatrechts? Das Gliederungsprincip muß da hauptsächlich in der verschiedenartigen Natur des Objekts gegeben seyn, welche mit Nothwendigkeit dem Subjekt gewisse Modalitäten und Differenzirungen der Herrschaft abgewinnt.

Man hat gefragt, ob das Recht als ein System der Rechtsverhältnisse oder der Rechte aufzufassen sei[1]. Wenn unter „Rechtsverhältnissen" die socialen Stellungen des Subjekts, die Beziehungen der Menschen auf einander, verstanden werden, so ist darin das erste Moment der Systematisirung zu sehen, insofern für die Art der Rechte zuvörderst wichtig ist, ob das Subjekt als Einzel- oder als Gemeinwesen, und als Glied welcher Gemeinwesen es in Betracht kommt. Wir haben eben gefunden, daß die Römer den *paterfamilias* und den *civis* unterschieden, und das gesammte Privatrecht ursprünglich rein als die Rechtssphäre des einzelnen *paterfamilias* auffaßten. Von da aber schreiten wir sofort weiter zu den „Rechten" insofern, als nun innerhalb der Rechtssphäre des *paterfamilias* alle Hauptkriterien dem Gebiete der Rechtsobjekte entnommen werden. Demgemäß sagen wir: insofern im germanischen Recht die mannichfache Stellung des Subjekts hervortritt, erscheint es mehr als ein System der Rechtsverhältnisse (in jenem Sinne), und insofern im römischen Recht mehr die mannichfache Art der Objekte zur Geltung kommt, erscheint dieses mehr als ein System der Rechte (in jenem Sinne).

Im germanischen Recht ist es nie zu einer klaren Unterscheidung der Rechte nach der Verschiedenartigkeit der Objekte gebracht worden: das Subjekt und seine Verschiedenartigkeit nahm so sehr die Arbeit des Rechtssinnes in Anspruch, daß derselbe nicht über die bloße, rohe Ergreifung des wirthschaftlichen Werthes hinauskam. Germanisches Pfand- und Urkundenwesen zeigen, wie Sachen- und Forderungsrecht gleichsam ineinanderschwamm. Anders im römischen Recht, wo die eine und volle Herrschaft des *paterfam.* allmählich sich in Sachen-, Forderungs-, Gewalt- und Erbrecht sonderte, und noch weiter innerhalb jeder Gattung untergeordnete Arten unterschieden wurden. Das Objekt kam auf diese Weise zu seinem vollen Recht, und die Linien des Rechtssystems bewahrten demzufolge diejenige Ruhe, welche in der fließenden, drängenden, wogenden Fülle der german. Elemente jeden Augenblick vermißt wird. Rom's Genius hat mit jener ruhigen Mannichfaltig-

---

1) s. v. Savigny System I. S. 8. Puchta Curs. d. Instit. I. § 21. 22. Stahl Philos. d. R. II. 1. S. 293. 294. Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (Kiel 1866) S. 2. 6—8.

keit gewissermaaßen wieder gut gemacht, was der von Haus aus etwas gewaltsame und rücksichtslose Idealismus versäumt zu haben schien.

Das einzelne Privatrechtsverhältniß ist nach röm. Rechtsanschauung schlechthin ein Verhalten zwischen Subjekt und Objekt: wie die übrige Welt dazu steht und sich dabei zu benehmen hat, ist eine Frage zweiter Linie. Alle Rechte sind absolut, und daß sie von der übrigen Welt anzuerkennen sind, bildet nicht das Wesen, sondern nur eine Consequenz und nicht den civilistischen, sondern den processualen Inhalt der Rechte. Nur scheinbar ist die Ausnahme, welche die Obligationen hiervon machen; es scheint, als ob hier das einzelne bestimmte verpflichtete Individuum zum Wesen des Rechts gehöre, allein die Reduction der geschuldeten Handlung auf Geld löst die Obligation vom Individuum als natürlicher Erscheinung, und in dem Uebergange der Schuld auf den Erben vollendet sich dieser Karakter der civilistischen Absolutheit.

Auch das, was wir Familienrecht nennen und als solches mit genossenschaftlichem Wesen verwachsen denken, haben die Römer unter denselben privatrechtlichen und absoluten Gesichtspunkt gebracht. Im reinen Römerrecht war das Familienverhältniß ein einseitiges Gewaltrecht des *paterfamilias* über Kinder, Gattin, Clienten, Freigelassene, Sklaven (*jure naturali*). Die *familia* war seine Pertinenz, ein Theil seines Vermögens. Dieses Gewaltrecht bildete den systematischen Uebergang zu dem Repräsentationsrecht des Erben, welches dieser durch die Universalsuccession erwarb.

---

# Erster Abschnitt.

# Die Rechtssphären.

## XXXIX. Kapitel.

### I. Die Persönlichkeit der Individuen (physische Personen).

#### A. Natürliche Grundlagen der Persönlichkeit.

(Zu § 370-375.)

#### I.

#### Die unmittelbaren Rechte der Person.

Zu § 371] Was für die Körperschaft der Kreis der Verfassungsrechte, das ist für die individuelle Person der Kreis der Urrechte oder, wie sie auch genannt werden, der angebornen Rechte[1]. Sie entstehen für die Person ohne Vermittelung einer besonderen Thatsache als zeitlichen Erwerbsgrundes, indem sie durch die Urthatsache der Personexistenz von selbst und ursprünglich gesetzt sind: aus diesem Grunde können sie unmittelbare

1) Vergl. oben (Excurse) S. 11—18.

Rechte der Person genannt werden. Der Kreis dieser Rechte, welchen der Mensch gleichsam mit auf die Welt bringt, kann durch positive Satzungen eingeengt werden; es kann auch manches auf der bisherigen Stufe des Rechtsbewußtseyns latente Urrecht auftauchen und zur ausdrücklichen Anerkennung gelangen. Aber die Rechte dieser Art tragen ihrem Wesen nach den Karakter der Ueberzeitlichkeit, d. h. sie verhalten sich innerlich indifferent zu der zeitlichen Stellung und Bewegung der Person[1]. Ihnen ist eigenthümlich, daß sie unverzichtbar und unübertragbar sind, denn sie sind Elemente der Persönlichkeit, deren Existenz principiell an das Individuum geknüpft ist und daher nicht willkürlich aufgegeben werden kann. Sie sind nicht Beziehungen der Person auf außer ihr befindliche Objekte und sind daher treffend als Intransitivrechte oder als Rechte, die keine Rechtsverhältnisse sind, bezeichnet worden[2].

Das System der unmittelbaren Rechte gehört in das Privatrecht, ist aber bisher vernachlässigt worden. Leib, Seele und Name bilden die drei Hauptstücke des Gebiets dieser Rechte. Es ist wichtig festzustellen, welche Herrschaft die Person über sich selbst, d. h. zunächst über ihren creatürlichen Bestand, über Leib und Seele auszuüben hat, und inwiefern dieselbe vom positiven Recht direct oder indirect anerkannt ist. Es ist das die Frage der persönlichen Freiheit und Integrität. Hat der Mensch freie Wahl der Tracht und des Aufenthalts, des Berufs und des religiösen Bekenntnisses? Kann er thun und lassen was er will, Wachen und Schlafen, Arbeit und Erholung einrichten nach seinem Belieben? Kann er durch Vertrag oder auf andere Weise seine natürliche Freiheit belasten und einschränken, durch Unterordnung unter fremde Autorität und sonstige Bindung an fremden Willen (Ehe, Adoption, Gesinde- und Lehrcontract u. s. w.)? Und welche Stellung nimmt das Attribut des persönlichen Namens ein, welches ein künstliches und doch beinahe natürliches, weil unumgängliches, Attribut ist?

Der persönliche Name[3] ist zunächst Ausdruck der Identität des Handelnden, also der alle einzelnen Willensäußerungen durchwaltenden Macht, und bezeichnet hauptsächlich die Identität des Subjekts gegenüber der Mannichfaltigkeit seines Gebiets und dem Wechsel seiner Herrschaftsobjekte. Dann aber erhält er von selbst, im Zusammenhange der geselligen Stellung der Person, die Bedeutung, daß die bestimmte Person durch ihn als Individuum aus der Gattung gesondert und an ihm erkannt wird[4]. Indem der Name so als sociales Unterscheidungszeichen fungirt[5], ergibt sich der Ansatz von Familien- und Geschlechtsnamen. Zuerst wird das Geschlecht, in diesem wieder die einzelne Familie ausgesondert, und insofern das Individuum immer zugleich Geschlechts- und Familiengenosse ist, und durch diese Angehörigkeit auch für entferntere Lebenskreise und unter allgemeineren Gesichtspunkten signalisirt wird, gestaltet sich die Benamung zu einem Namensystem, welches im römischen Patricierstande und analog dann auch in den anderen Ständen[6] auf ausgezeichnete Weise entwickelt war. Aber eben wegen dieses Zusammenhangs mit *Gens* und *Familia* hat das *Nomen* im älteren Römerrecht keine

1) Schilling Lehrb. f. Institut. I. § 14.

2) Ihering i. seinen Jahrbb. f. d. Dogmatik X. S. 393.

3) Nach Sitte und Herkommen der Familien- oder Zuname nebst wenigstens Einem Individual- oder Vornamen.

4) *noscere, noscimen*, wie *specimen*.

5) jede andere Bezeichnung der Person ist nur ein Surrogat oder eine Umschreibung des Namens und daher *vice nominis*. *Flor. fr.* 34. *de cond.* (35, 1). Dazu *fr.* 6. *de rei vind.* (6, 1) und *fr.* 6. *de reb. cr.* (12, 1). — 6) s. Mommsen Röm. Forsch. (1864) S. 27 ff.

selbständige Rolle als privatrechtliches Moment gespielt. Später trat der privatrechtliche Gesichtspunkt entschiedener hervor, und es scheint, daß dann das Princip vollkommner Wahlfreiheit anerkannt wurde, wie es endlich in einer Constitution Diocletian's[1] unmittelbar ausgesprochen vorliegt: *libera est privatis nominis impositio et mutatio secundum ea, quae saepe statuta sunt*[2].

## II.

## Abnormitäten der Geburt.

Zu § 373] Förster, die Mißbildungen des Menschen, systematisch dargestellt (Jena 1861) läßt sämmtliche Mißbildungen in drei Abtheilungen zerfallen: 1) Mißbildungen, welche darin bestehen, daß die Bildung über das gewöhnliche Maaß der Größe und Zahl hinausgeht und daher größere oder kleinere Abtheilungen des Körpers oder der ganze Körper übergroß oder überzählig gebildet sind. Es ist dies Bischoff's 2. Classe: „Mißbildungen, die etwas mehr besitzen, als ihnen der Idee ihrer Gattung nach zukommt". 2) Mißbildungen, welche dadurch karakterisirt sind, daß die Bildung defect oder unvollständig ist, so daß größere oder kleinere Abtheilungen des Körpers fehlen oder verkümmert oder abnorm klein sind. Es ist dies Bischoff's 1. Classe: „Mißbildungen, denen zur Realisation der Idee ihrer Gattung etwas fehlt". 3) Mißbildungen der Art, daß die Umbildung der Keimanlage oder der ersten embryonalen Form in die reifere fötale Form in abnormer Weise vor sich geht, so daß die Theile eine qualitativ andere Beschaffenheit erhalten, während eine Veränderung der quantitativen Verhältnisse nicht stattfindet oder wenigstens hinter jenen zurücktritt. Es ist dies Bischoff's 3. Classe: „Mißbildungen, deren Organisation der Idee ihrer Gattung nicht entspricht, ohne daß ihnen hierzu etwas fehlte oder sie etwas zu viel besäßen." — In der Hauptsache entsprechen die ersten 2 Classen quantitativer Abnormität dem Begriffe des *portentum,* die Classe der qualitativen Abnormität dem Begriffe des *monstrum.*

Ob im einzelnen Falle bloße Mißgestalt oder förmliche Ausartung sei, dürfte nicht immer leicht zu entscheiden seyn. Am nächsten liegt es, die menschliche Bildung des Kopfes als ausschlaggebend anzunehmen, weil in diesem Hauptgliede der Sitz der Regierung der geistigen Thätigkeit ist; mit Unrecht hat man sich dafür auf eine in ganz anderen Zusammenhang gehörige Aeußerung des Paulus berufen: *Cum in diversis locis sepultum est, uterque quidem locus religiosus non fit, quia una sepultura plura sepulcra efficere non potest; mihi autem videtur, illum religiosum esse, ubi, quod est principale, conditum est, id est caput, cujus imago sit, unde cognoscimur*[3]; eher läßt sich dafür geltend machen, daß die Römer den Begriff der Persönlichkeit mit *caput* (Individuum) und *persona* (Physiognomie) ausdrückten, durch jenes das Moment der Einheit und Identität, durch dieses das der Unterscheidung und Erkennung andeutend: beide Ausdrücke, sowohl der sinnliche als der künstliche, zeigen an, daß das Haupt das Entscheidende für die Frage der berechtigten Individualität und individuellen Berechtigung seyn müsse.

---

1) *c. un. de mut. nom.* (9, 25).

2) Dass heutzutage in unserem Rechtsleben diese Freiheit der Namenwahl durch publicistische Einrichtungen und deutsches Herkommen wesentlich beschränkt sei, zeigt Hermann im Arch. f. civ. Prax. Bd. 45. (1862) S. 164 ff.

3) *fr. 44. de relig.* (11, 7).

## III.

## Die drei Vitalfictionen des Römerrechts.

Zu § 375] Es gehört zum idealistischen Grundzug des Römerrechts[1], daß es nicht einfach und schlechthin den natürlichen Umfang der menschlichen Lebensgrenzen für die Persönlichkeit hinnimmt, sondern sie theils zusammenzieht, theils ausdehnt. Drei Fictionen beziehen sich auf diese Eigenheit[2]; die Verkürzungsfiction ist die älteste und beruht auf der Nationalanschauung, daß der in feindliche Gewalt gerathende Römer, welcher nach dem auch vom *jus civile* respectirten *jus gentium* als der Sklaverei verfallen galt, *quasi in orco* sich befand, denn *servitus mortalitati comparatur*[3]. Gesetzlichen Ausdruck fand diese Anschauung zuerst in einer *lex Cornelia* (81 v. Chr.?), und das Dogma ward danach *fictio legis Corneliae* genannt. Dieselbe scheint nach Paulus zunächst nur in beschränktem Sinne[4], nämlich zur Aufrechthaltung der Erbfolge und Vormundsernennung, aufgestellt gewesen zu seyn: *valet testamentum id, quod ante captivitatem factum est, si ibidem decedat, beneficio legis Corneliae, qua lege etiam legitimae tutelae hereditatesque firmantur — fictio legis Corneliae et hereditatem et heredem facit*[5]. Diese Fiction ward dann so weit ausgedehnt, daß Ulpian sagen konnte: *In omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est*[6], und *nec enim creditur in rebus humanis fuisse, cum in ea causa decedat*[7]. Aus *fr. 22. de captiv.*[8] ist zu vermuthen, daß Julian es war, welcher diese Fiction vorzüglich ausbildete — Gaius (1, 129) mit seinem Zweifel hinkt auch hier, wie so manchmal, hinterdrein —, und daß er dies im Zusammenhange mit der *fictio defuncti superstitis* that.

Diese (und mit ihr die Schwesterfiction des *nasciturus superstes*) kann mithin das Tochterdogma jener aus der Zeit der Republik datirenden Fiction genannt werden, und auch sie beruht auf römischer Nationalanschauung, nämlich auf der Idee des Fortwaltens des Willens der Ahnen in ihrem Haus und ihrer Nachkommenschaft[9]. Nach langem Schwanken der Doctrin ward dieses Dogma, ebenso wie der nahe verwandte Gedanke vom Fortdauern der *obligatio naturalis* im Falle der *consumtio per litiscontestationem*[10], gleichfalls durch Julian's Autorität festgestellt, wie wir von Ulpian erfahren: *Quotiens servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires consumit, ut Juliano placet: cujus et valuit sententia, testantis personam spectandam esse opinantis. Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis juris civilis comprobatum est*"[11]. Auch hier war Gaius[12] hinter der neuesten Entwickelung zurück[13].

Es ist klar, daß, nachdem die *fictio legis Corneliae* verallgemeinert, und die *fictio defuncti superstitis* festgestellt war, auch die Schwierigkeit einer Anticipation des persönlichen Lebensbeginns überwindlich erscheinen mußte,

---

1) s. oben (Excurse) S. 416 ff. — 2) s. Kuntze die Oblig. und Singularsucc. S. 379.
3) *fr. 32. § 6. de don. i. v. et ux.* (24, 1); *fr. 59. § 2. de condit.* (35, 1) und *fr. 209. de R. J.*
4) Falscher Vorwurf bei Zrodlowski Röm. Privatr. (1877) I. S. 217.
5) *Paul. S. R. III, 4 A. § 8*; *fr. 18. pr. ad leg. Falc.* (35, 2). Vergl. aber *fr. 39. de test. mil.* (29, 1).
6) *fr. 18. de captiv.* (49, 15). — 7) *fr. 6. § 1. de inj. test.* (28, 3).
8) Hauptstelle über diese Fiction; dazu *fr. 15. pr. de usurp.* (41, 3) und *fr. 12. qui test. fac. poss.* (28, 1).
9) *ex prole diuturnitatis memoria in aevum relicta*: *fr. 220. § 3. de V. S.*
10) s. oben (Excurse) S. 394. — 11) *fr. 33. § ult., fr. 34. de acq. dom.* (41, 1).
12) *fr. 55. § 1. de leg. II.* — 13) s. Ihering Abh. a. d. R. R. (1844) S. 206.

sobald ein Interesse ersichtlich war, den *favor embryonis* auszubilden. Im Edikt war für die werdende Person[1] schon mannichfach gesorgt, und nachdem auch Celsus, obwohl vorsichtig, ausgesprochen hatte „*conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*“[2], konnte es Julian, dem Ediktsordner, nicht schwer fallen, auch hier die entsprechende Fiction zum allgemeinen Dogma zu erheben; er that es mit den Worten: *Qui in utero sunt, in toto paene jure civili intelliguntur in rerum natura esse; nam et legitimae hereditates his restituuntur, et si praegnans mulier ab hostibus capta sit, id, quod natum erit, postliminium habet*[3]. Daß zu dieser Fiction zuerst der Prätor den Anstoß gegeben hatte, finden wir von Ulpian angedeutet[4], und wahrscheinlich wurde Julian Angesichts der *libri IV singulares* zu jener Verallgemeinerung geführt.

Jener Ausspruch Julian's macht uns auf das praktische Ineinanderspielen der Fiction und des *jus postliminii* aufmerksam: gleichwie auf dem hartkantigen Stahl des Concurses alle Rechtsfragen geschärft werden, so spitzen sie sich auch im Falle des *jus postliminii* zu, und gerade im 2. und 3. Jahrhundert mochte dieses *jus postliminii* unter dem Andrange der Germanen und Gothen[5] neue Wichtigkeit gewinnen. Wie Julian der Vater jener Fictionenfamilie genannt werden kann, scheint Tryphonin[6] den Typus der juristischen Schlummer- oder Pendenzzustände (*similitudines postliminii*) besonders entfaltet zu haben[7]. Uebrigens ist der casuistische Zusammenhang jener Fictionen mit diesen Pendenzverhältnissen keineswegs auch als eine civilistische Verwandtschaft zu verstehen, denn so wenig das Schweben und die Erfüllung einer Bedingung Fiction ist, so wenig ist die Retrotraction des Erbantritts identisch mit jener Fiction des *defunctus superstes*[8], oder kann[9] das *postliminium* eine Fiction genannt werden.

## XL. Kapitel.

### B. Positive Grundlagen der Persönlichkeit.

(Zu § 376—393.)

### I.

### Ueber *caput, status* und *capitis diminutio*[10].

Zu § 376] Die juristische Terminologie der Römer ist nicht reich an sinnlichen Ausdrücken[11], denn die Reflexion hat frühzeitig das Körperhafte der Anschauung zersetzt; um so tiefer ins Alterthum lassen uns die geringen Reste, welche geblieben sind, blicken. Solche Reste einer kindlich-sinnlichen Anschauung sind die Worte *caput* und *manus*[12], welche Centrum und Peripherie, den Herrscher und seinen Bereich, Ausgangspunkt und Umkreis des Handelns, also Person und Vermögensgebiet auszudrücken scheinen. Scheint

---

1) *spes nascendi: fr.* 1. *de ventre* (37, 9). — 2) *fr.* 7. *de suis* (38, 16).
3) *fr.* 26. *de statu hom.* (1, 5).
4) *ut in omnibus partibus edicti pro superstite habeatur is, qui in utero est: fr.* 7. *pr. de ventre* (37, 9). — 5) s. Ulpian nebst Javolen in *fr.* 24. 27. *de captiv.* (49, 15).
6) s. oben (Excurse) S. 367.
7) *fr.* 28. *de lib. inst.* (28, 2); *fr.* 50. *i. f. de jure fisci* (49, 14); *fr.* 12. *de captiv.* (49, 15); *fr.* 19. § 3. *de castr. pec.* (49, 17); dazu Ulp. in *fr.* 1. § 7. *ad Sct. Tert.* (38, 17).
8) v. Scheurl Beitr. z. Bearb. d. R. R. (1852) I. S. 51.
9) wie Hase d. *jus postliminii* (1851) S. 5. und v. Scheurl a. a. O. S. 28 es thun.
10) Ueber die Form *diminutio* (statt *deminutio*) s. Böcking Pand.-Institut. I. § 58. Anm. 10.
11) Vergl. Kuntze der Wendepunkt der Rechtswissensch. (1856) S. 74. 75.
12) Vergl. Cursus (*ed.* 2) § 80.

*manus* den Umkreis der privaten *vis ac potestas* anzugeben, so führt uns *caput* auf die genossenschaftliche Stellung der Person zurück, und darum, wenn man gewagt hat, in der *manus* die Urform der plebijischen Privatsphäre zu suchen, so darf sich daneben recht wohl die Vermuthung hören lassen, daß *caput* ursprünglich die sacral-gentilicische Stellung des Patriciers bezeichnete. *Caput* überhaupt ist ein Individuum (Stück, *corpus*, *forma*) als Theil einer nach Köpfen berechneten gemeinheitlichen Menge[1]: so wird *caput* namentlich von den eine organische Einheit bildenden Stücken einer Herde[2], desgleichen von den Genossen eines menschlichen Gemeinwesens gesagt, und in diesem Sinne werden von Pomponius und Paulus[3] *populus*, *legio* und *grex*, *homines* und *oves* zusammengestellt. Das erinnert an die Zeit des Hirtenthums — gleich jener Ureheformel: *ubi tu Gaius, ibi ego Gaia* — und mithin an die Vorzeit der patricischen Urgemeinde. Da bedeutete *caput* die Stellung im Gemeinwesen und die Rechtspersönlichkeit überhaupt, wonach durch das Genossenthum das Recht jedes Einzelnen bedingt und bestimmt war. So hatte ein *caput* jeder Genosse, welcher im Gemeinwesen mitzählte und es mit bilden half; in diesem Sinne steht es noch in der alten Tuteldefinition: *vis ac potestas in capite libero*[4], sowie in der gleichfalls wohl alter Ueberlieferung angehörigen Definition der *datio in arrogationem* als ein *cum capite fortunas suas in familiam et domum alienam transferri*[5]; auch der Client und später der Plebejer zählte mit und war rechtlich keineswegs *nullus;* noch später wird[6] weder vom Latinen noch Peregrinen geradezu gesagt, daß er kein *caput* habe (sei). Hiernach muß es im ältesten Rom drei Stufen der Rechtsverkürzung gegeben haben: die geringste, welche den Römer der patricischen Herrenstandschaft verlustig machte[7], die mittlere, welche der Civität beraubte, endlich die äußerste, welche den Römer zum Sklaven degradirte. Diese Trias entspricht der alten Rechtsgliederung und zeigt uns, wenn wir in ihr die Urform der drei *capitis diminutiones* annehmen, eine völlige Harmonie der Begriffe. Wenn *caput* den Platz in der Bürgerrolle oder im censorischen Register bedeutete[8], war die Streichung oder Löschung des Namens die *capitis diminutio* überhaupt. Insofern aber die Sklaverei dem Tode oder Orcus gleich galt[9], ward vorerst die *cap. dim. maxima* dem Untergange gleich geachtet; doch auch die *cap. dim. media* und selbst *minima* mußte in alter Zeit, wo nur der patricische Bürger sich als Vollperson ansah, einem Untergange gleich geachtet werden, und die Worte *capitis diminutio* drücken in der That diesen Gedanken mit sinnlicher Unmittelbarkeit aus[10].

Allein mit Wegfall der alten Clientel, mit Ausgleichung der patricischen und plebejischen Standesrechte, endlich mit völliger Auflösung der alten Gentilverbände (in dem ersten Jahrh. der Kaiserzeit) konnte die *capitis diminutio minima* nichts mehr von ihrer alten Bedeutung behalten, und selbst die Erinnerung davon ging verloren[11]. Es lag nahe, um die Trias aufrecht zu

---

1) *universitas ex distantibus constans et uni nomini subjecta:* *fr.* 30. *pr. de usurp.* (41, 3).
2) *fr.* 70. § 3. *de usufr.* (7, 1). — 3) in *fr.* 30. *cit.* und *fr.* 23. § 5. *de rei vind.* (6, 1).
4) *fr.* 1. *de tut.* (26, 1). — 5) *fr.* 11. § 2. *de B. P. s t.* (37, 11).
6) wie von Böcking Pandekten-Institut. I. (2. Aufl.) § 58. Anm. 7 bemerkt ist.
7) s. oben (Excurse) S. 101. — 8) *Heineccius Antiq. Rom. synt. I*, 16. § 1.
9) denn erst später ward rechtlich anerkannt, dass Sklaven *jure naturali* nicht *nulli* seien: *fr.* 32. *de R. J.* und von *persona servi* oder *servile caput* gesprochen: *Gai.* 1, 123; *fr.* 3. § 1; *fr.* 7. § 1. *de cap. min.* (4, 5).
10) *similitudo mortis:* *fr.* 29. § 5. *de lib. inst.* (28, 2); dazu v. Scheurl Beitr. z. Bearb. d. R. R. I. S. 238. 242. 257.
11) s. Puchta Cursus II. § 219.

halten, daß der publicistischen Idee der *gens* die civilistische der *familia* substituirt wurde: freilich erhielt damit diese niedrigste Stufe der *cap. dim.* einen den oberen Stufen nicht correspondirenden Sinn, allein die röm. Juristen setzten sich darüber mit gewohnter Naivität hinweg: ihr Takt bewahrte sie vor falschen Consequenzen, und so erklärten sie denn unangefochten, die *min. cap. dim.* sei keine *diminutio,* sondern nur eine *mutatio.* —

Weniger sinnlich und mehr abstract, als *caput,* ist das Wort *status;* Gaius, Ulpian und Paulus nennen die *min. cap. dim.* eine „*status mutatio*", und danach ist von Böcking[1] behauptet worden, daß „*status*" nicht technisch von *libertas* oder *civitas* gesagt werde. Das ist nicht richtig, denn Ulpian versteht unter *status* häufig die *libertas* und *civitas*[2], oder verbindet *status* mit Civitätsrechten[3], Modestinus[4] bezieht *status* in erster Linie auf die *libertas,* und wenn auch Paulus in *fr. 14. qui test. fac. poss.* (*28, 1*) zunächst nur an *familia* denkt, spricht doch Ulpian in dem folg. *fr.* offenbar allgemein[5]. Es steht sonach der Annahme nichts entgegen, daß das Wort *status* die stufenweisen Elemente der Rechtspersönlichkeit ausdrückt und gleichsam die reflectirte Zerlegung (Analyse) des *caput* enthält. Jenes Wort war besonders geeignet, nach der jetzigen Umgestaltung der Scala das Gesammtbild derselben zu geben, denn auch die *capitis dim. minim.,* obwohl sie eigentlich keine Verkürzung der Persönlichkeit (im Ganzen) mehr war, konnte doch als eine den *status* treffende Thatsache gelten, ja es mag seyn, daß eben aus diesem Grunde bei „*status*" vorzugsweise an die Familienstandschaft gedacht wurde. Daneben mag zugegeben werden, daß das Wort *caput* jetzt vorzugsweise nur von den Elementen der *libertas* und *civitas* gebraucht wurde[6].

## II.

## Der Statusbegriff des *Usus modernus.*

Zu § 378] In einem anderen, vom strengen Begriff des röm. Rechts weit abweichenden Sinne wird *Status* in der Schule des *Usus modernus* verstanden, indem darunter alle natürlichen und rechtlichen Eigenschaften und Zustände, welche von Einfluß auf die Handlungs- und Dispositionsfähigkeit der Person sind, begriffen werden. Unter diesen finden sich die *status libertatis, civitatis* und *familiae* mit aufgezählt, allein auch viele andere Zustände, deren Einfluß die Persönlichkeit nicht im Ganzen, sondern nur in ihrer Thätigkeit und im Bezug zu einzelnen Arten von Rechtsverhältnissen treffen, und daher von uns erst da zu berühren sind, wo die Person als Subjekt einzelner Rechtsverhältnisse in Betracht kommen wird[7]. Mühlenbruch[8] gibt folgende Classification: Die Neueren theilen den Status ein in 1) *naturalis,* d. h. die physischen Gründe der Rechtsfähigkeit und rechtlicher Verschiedenheiten, wozu die *status humanitatis* (*monstrum!*), *nativitatis* (*embryo*), *aetatis* (*impubes!*), *sexus* (*femina!*), *integritatis* (*sanitas, morbus, vitium!*)

---

1) a. a. O. Anm. 1 u. § 31. S. 138.
2) *fr.* 12. *ex qu. c. maj.* (4, 6); *fr.* 1. § 3. *de legat. III.*; *fr.* 1. § 8. *ad Sct. Treb.* (38, 17).
3) in *fr.* 20. *de statu hom.* (1, 5). — 4) in *fr.* 21. *eod.*
5) Vergl. dazu *Gai.* 1, 89 (*statum sumere*). 159 und in *fr.* 1. *de cap. min.* (4, 4) und *pr. J. de cap. min.* (1, 16), sodann den Ausdruck *ingenuitatis status* bei Scaevola in *fr.* 3. *de jure anul.* (40, 10) und *Paul. V,* 1. § 1.
6) denn Pomp. sagt in *fr.* 63. § 10. *pr. soc.* (17, 2): *intereunt homines maxima aut media cap. diminutione, aut morte* (*jct. Gai.* 3, 153), und Modest. in *fr.* 103. *de V. S.*: *appellatio* „*capitalis*" *mortis vel amissionis civitatis intelligenda est.* Dazu *fr.* 131. *eod.* und Callistrat. in *fr.* 28. § 1. *de poen.* (48, 19).
7) Vergl. Höpfner Commentar d. Inst. (*ed.* 8) § 62. Glück Erläut. d. Pand. Thl. II. S. 52—9.
8) Lehrb. d. Pand.-R. I. § 182.

gehören; 2) *civilis*, welcher wieder entweder a) *publicus* ist, die *status principales: libertas* und *civitas*, und *minus principales: existimatio, religio, ordo* begreifend, oder b) *privatus: familia*.

Für *Status* in diesem Sinne läßt sich nur etwa anführen, daß schon in den Quellen dieses Wort zuweilen in anderem freieren Sinne, u. A. auch mit Bezug auf die *existimatio* (*dignitatis status*), gesagt wird.

## III.

## Die Sklaverei im römischen System.

Zu § 382] Es gehört zu den interessantesten Betrachtungen, zu sehen, wie das Institut der Sklaverei im röm. Recht verarbeitet worden ist. Sie bildet die Folie der berechtigten Persönlichkeit und leistet gleichsam die Dienste des Schattens im Licht- und Farbenglanz der röm. Rechtswelt; sie bildet die Brücke vom Thierreich zur Menschheit, aber wie in der hellenischen Phantasie die Centauren immer mehr vermenschlicht und veredelt wurden[1], so gelangten auch die Sklaven in der röm. Rechtsanschauung zu einer höheren rechtlichen Anerkennung. Von dem Gedanken aus, daß die *mancipia* eigentlich *manu capti* (*captivi ex bello*), die *servi servati* und so in die Bevölkerung des Territoriums Auf- und Angenommene seien, arbeitete sich endlich der Gedanke, daß das Wesen der Sklaven dem der Herren gleichartig sei, zu der Gestalt heraus, daß ihre Persönlichkeit nicht vernichtet, nur unterdrückt sei, daß sie embryonisch fortlebe, daß sie unter dem Einflusse des Herrnwillens (*potestas*) wirksam, nämlich zum Besten des Herrn thätig, ja daß sie durch den Willen desselben entbunden, d. h. zur vollen Person, und sogar durch Geschenk des Princeps so völlig rehabilitirt werden könne, daß sie der Persönlichkeit eines Ingenuus gleichsteht[2].

Dies Alles wird in dem Satze zusammengefaßt, daß *jure naturali* alle Menschen frei und gleich seien[3]. Mit diesem Satze war anerkannt, daß im Hintergrunde der historischen Perspective, wie der systematischen Reflexion ein Element ursprünglicher Rechtsideen verborgen sei, welches von der Humanität gefordert werde und von der Theorie zu entfalten und aufzuklären sei. Ulpian hat dieses Element *jus naturale* genannt, und, es scharf vom *jus gentium* unterscheidend, eine dreigliedrige Eintheilung des *jus privatum* aufgestellt. An dem Ernst dieser Danebenstellung dürfen wir nicht dadurch irre werden, daß die heidnischen Römer das *jus naturale* nicht so, wie wir es wünschen mögen, und wie es das Christenthum vermag, zu begründen wußten. Ulpian nimmt zu der Naturordnung der Thierwelt seine Zuflucht, um den allgemeinen Gesichtspunkt zu finden; dieser Gesichtspunkt ist unvollkommen, und doch birgt er ein richtiges Moment: das der Ungestörtheit; gleichwie die Thierwelt sich in ursprünglicher Ungestörtheit der Naturordnung zu bewegen scheint, so hat auch das Menschengeschlecht von Anfang einen Zustand des Friedens und der Unzerrissenheit gehabt, von welchem manche Nachklänge vorhanden sind. Von Anfang hat es keine Sklaverei gegeben[4], aber dann *servitus invasit*, und das ist geschehen kraft des *jus gentium*[5]. Dieses *jus gentium* ist, wie schon der Ausdruck deutlich genug besagt, nicht das Recht

---

1) s. oben (Excurse) S. 372. — 2) s. Cursus (*ed.* 2) § 381.
3) *fr.* 4. *de J. et J.* und *fr.* 32. *de R. J.*
4) *servitus incognita*: *Ulp.* in *fr.* 4. *de J. et J.* (1, 1).
5) *dominatio ex jure gentium introducta*: *Tryph.* in *fr.* 64. *de cond. ind.* (12, 6).

der unzertrennten, sondern der zertrennten Menschheit, nicht Menschenrecht, sondern Volksrecht; das *jus gentium* hat die *discretio gentium*[1] zur Voraussetzung, und es liegt in der geschichtlichen Consequenz, daß die *discretio* zur *hostilitas*, und die Feindseligkeit der Völker zur Feindseligkeit und Sklaverei der Individuen führt. So entsteigt die Sklaverei, die dem *jus naturale* entgegen ist, dem Element des *jus gentium*, und beide sind eigenartige Elemente. Es liegt System in der Entwickelung dieses *jus gentium*: die Scheidung geht in Absonderung, Entfernung, Entfremdung, Entzweiung, Feindseligkeit, zuletzt in Bekriegung über; dann aber gesellt sich zum Krieg die Kriegsgefangenschaft, die für den Besiegten als Rettung eine Wohlthat ist; die Kriegsgefangenschaft befestigt sich weiterhin von selbst zur Sklaverei, und diese führt zu einer Reaction durch das *beneficium manumissionis*. In der *servatio captivi* so gut, wie in der *manumissio* und dann in der *potestas* und der *peculii administratio* reagirt einzeln der stille Trieb des *jus naturale* gegen das *jus gentium*, bis endlich diese Reactionen selbst zu einem System werden, und das *jus naturale* als Dogma auftritt. Wie ist nun das fertige Dogma begründet worden?

Ich nannte schon den unvollkommnen und theilweise verkehrten Begründungs-Versuch Ulpian's; an anderer Stelle aber trifft Ulpian näher an die Wahrheit, indem er mit den Worten: *cum uno naturali nomine homines appellaremur*[2] die natürliche Einheit des ganzen Geschlechts andeutet, denn die Römer erkannten im *nomen* die *res*[3]. Noch deutlicher drückt Florentin dasselbe Moment in den Worten aus: *inter nos cognationem quandam natura constituit*[4].

Dieser Idee entsprechend arbeitet das Rechtsbewußtseyn der Kaiserzeit von allen Seiten her auf die Erhebung der Sklavenpersönlichkeit hin[5]: schon Aristo stellte den Satz auf, *locum, in quo servus sepultus est, religiosum esse*[6], wodurch die Grabstätte zu einer Pertinenz der Sklavenreliquie erklärt ward nach dem Grundsatze: *naturaliter videtur ad mortuum pertinere locus, in quem infertur*[7]. In den Zusammenhang derselben Idee gehört das *jus extraordinarium* der *latini Juniani*, die ohne solennen Akt frei und berechtigt wurden, und der Freiwerdungen, welche ohne jegliche Manumission eintraten, sowie die *possessio libertatis*.

Der Rechtsbegriff der Sklaverei ist ein sehr ergiebiger für die Dogmatik. Er bestimmt sich negativ dahin, daß der Sklave keine Rechte (ausgenommen *jure naturali*) haben kann, positiv aber dahin, daß er Objekt dinglicher Rechte, also Sache im rechtlichen Sinne seyn kann. Nicht ist jeder Sklave an sich Rechtsobjekt, denn es gibt herrenlose Sklaven, und ein Sklave, welcher Rechtsobjekt ist, ist dann nicht bloß wie eine unvernünftige Sache Objekt dinglicher Rechte, sondern zugleich Objekt einer *potestas*. Es ergibt sich hiernach ein dreifaches Merkmal des Sklavenbegriffs: 1) Negation der eignen Rechtssphäre (nach *jus civile* und *gentium*), 2) Fähigkeit, Objekt dinglicher Rechte, und 3) Objekt der *potestas* zu seyn.

Es ist von dogmatischem Interesse, zu verfolgen, mit welcher Feinheit von der röm. Jurisprudenz diese drei Momente zur Geltung gebracht und in ihren Consequenzen verbunden worden sind; in den Quellen liegt das Institut

1) *Hermog.* in *fr.* 5. *de J. et J.* — 2) *fr.* 4. *eod.*
3) *fr.* 4. *de V. S.* Vergl. Cursus (*ed.* 2) § 408. Anm. 3.
4) *fr.* 3. *de J. et J.* — 5) s. *fr.* 9. § 7. *de pecul.* (15, 1).
6) *fr.* 2. *pr. de relig.* (11, 7). — 7) *Ulp.* in *fr.* 4. *eod.*

der Sklaverei mit der ganzen Breite seiner praktischen Bedeutung und in Tausenden von Consequenzen vor, die auf manche allgemeine Frage, z. B. auf die Frage, ob die Servitut ein Eigenthum zur Voraussetzung habe[1], helles Licht werfen; endlich hat die Menschenwürde und die Idee des *jus naturale* an manchem Stück des alten Instituts umgestaltend gewirkt und merkwürdige Rechtssätze gezeugt, wie die *possessio servi fugitivi,* der *partus ancillae* und die Testirfähigkeit der *servi publici* zeigen[2]. So bleibt noch heute die römische Sklaverei ein juristisch werthvoller Typus, und wir müßten ihn kennen und verstehen lernen, auch wenn er uns nicht durch sein Vorkommen auf jeder Seite des *Corpus juris* zu solchem Studium nöthigte.

## IV.

### *Debita libertas* und *possessio libertatis.*

Zu § 382. 385] A. Es war ein wichtiges Stück in dem Augustischen Regenerationssystem[3], daß das Römerthum vor Ueberwucherung durch peregrinische Elemente bewahrt und daher der unmäßigen Freilassung von Sklaven gesteuert werde; das Freiwerden zu begünstigen, war nicht römische Art, und dieser Standpunkt scheint während des ganzen ersten Jahrhunderts der Kaiserzeit festgehalten worden zu seyn. Abgesehen von einigen Bestimmungen unter Claudius ist die hadrianische Zeit bemerkenswerth durch das Hervortreten des *favor libertatis*[4]; eine neue karakteristische Bewegung beginnt damit im römischen Rechtssystem. Zwei eigenthümliche Rechtsfiguren sind Resultate dieser Bewegung: die *debita libertas* und die *possessio libertatis;* gemeinsame Wurzel beider ist der keimende Gedanke, daß der Sklave Person (wenn auch in beschränkter Beziehung) sei.

Das *deberi libertatem* wird *ex causa fideicommissi* begründet[5]: der mit dem Fideicommiß Belastete ist der Verpflichtete, der freizulassende Sklave ist der Berechtigte, und schon Hadrian erkennt an, der Sklave habe einen Anspruch darauf, vom Belasteten selbst freigelassen zu werden[6]. Zwar wird jener nicht *debitor,* dieser nicht *creditor,* das Verhältniß nicht *obligatio* genannt, aber gesagt: *libertas debetur* (*servo*), *libertatem* (*oneratus*) *praestare debet, ex necessitate manumittit, servus petere potest*[7]; das sind Bezeichnungen, welche *jure extraordinario* der *obligatio* gleich gelten. Aristo (unter Trajan) wird als Autorität, wohl eine der ältesten in dieser Materie, citirt[8].

Eine wichtige Stufe in der Entwickelung des Gedankens zeigt das unter Trajan erlassene *Sctum Rubrianum,* welches bestimmte, daß, im Fall der Verpflichtete sich seiner Pflicht entzieht, der Prätor *causa cognita* die Freiheit aussprechen solle: *si pronuntiasset, libertatem his deberi, eodem jure statum servari, ac si directo manumissi essent*[9]. Dann ist es namentlich Pomponius, welcher dem neuen Gedanken wissenschaftliche Entwickelung gibt[10]; er spricht — wohl Angesichts jenes *Sctum Rubrianum* — den weit-

---

1) s. *Ulp.* 1, 9. — 2) Vergl. dazu Ihering Geist d. R. R. II. § 32.

3) s. oben (Excurse) S. 301. 305.

4) immer häufiger tritt dieser Gedanke in den Vordergrund. S. z. B. *fr.* 16—18. *de manum. test.* (40, 4); *fr.* 29. *eod.*; *fr.* 16. *de fid. lib.* (40. 5).

5) Vergl. Cursus § 369. 385. Excurse S. 377. Puchta Cursus § 212. sub 3. b. Leist d. röm. Patronatrecht I. (1879) S. 425 ff.

6) *fr.* 24. § 21. *de fid. lib.* (40, 5).

7) *libertatis petitio* und *praestatio* sind oft wiederkehrende Ausdrücke.

8) *fr.* 20. *de fid. lib.* (40, 5); *fr.* 16. § 3. *qui et a quib. manum.* (40, 9).

9) *fr.* 26. § 7. *de fid. lib.* (40, 5). Vergl. über das *Sctum Dasumianum* *fr.* 51. § 4. 6. *eod.*

10) *fr.* 8. 20. 34. *eod.*

gehenden Satz aus: *in omnibus fere causis fideicommissas libertates pro directo datis habendas*[1], und betont auch das processuale Recht des Sklaven: *de libertate fideicommissaria praestanda servus cum domino recte contendit*[2]. Zuletzt formulirt Marcian, eine hervorragende Autorität im *jus extraordinarium*, die Rechtsstellung des bedachten Sklaven dahin: *cui per fideicommissum libertas debetur, liberi quodammodo loco est et statu liberi locum obtinet*[3], und er citirt Constitutionen, welche selbst zu der Consequenz fortgeschritten sind, das Kind einer im Fideicommißstand befindlichen Sklavin für freigeboren zu erklären, und zwar nicht bloß im Fall der *mora* des Belasteten, sondern *statim ex quo libertas deberi coepit . . . quatenus libertas non privata, sed publica res est*[4]. Dies die Spitze des *favor libertatis* im heidnischen Recht. Die Auseinandersetzungen bei Ulpian bewegen sich ganz auf dieser Höhe, obschon er den Satz nicht aufgibt, *in ea conditione esse, ut, quoad manumittatur, servilis conditionis sit . . . nihil de statu eorum mutari ideoque eos interim legari posse, sed cum sua causa*[5]. Ulpian spricht den Satz aus: *libertas fideicommissa nullum impedimentum pati debet*[6], und treibt den *favor libertatis* so weit, daß er eine *libertas directo data* durch Interpretation als fideicommissarische aufrechthält[7]; unter Hinweis auf zahlreiche Constitutionen versteht er den Zustand des zur Freiheit destinirten Sklaven als eine rechtliche Qualität, die weder durch Veräußerung, noch durch Usucapion untergeht[8], und räumt dem von einem Anderen als dem Belasteten freigelassenen Sklaven das Recht ein, zu verlangen, daß die Freilassung als vom Belasteten vollzogen gelte[9]. Caracalla gestattet sogar letztwillige Gaben an Sklaven mit fideicommissarischem Anrecht auf Freiheit[10].

So ist denn eine breite Bresche in das antike System der Rechtsunfähigkeit der Sklaven gelegt: *multa contra juris rigorem pro libertate sunt constituta*[11], und es darf uns nicht wundern, daß Ulpian den Zustand der *libertas destinata* mit den Worten bezeichnet: *qui ea donatus est, in possessione libertatis interim esse videtur*[12].

B. Der Ausdruck *possessio libertatis* tritt uns in der classischen Jurisprudenz oft entgegen, obwohl er eigentlich den Begriff der Sklaverei aus den Angeln hebt, denn so wenig ein Sklave eine Sache (im strengen Sinne) besitzen kann[13], kann er in Bezug auf sich selbst einen dem Freien gleichartigen *animus* haben. Erkennt das Recht an ihm einen solchen *animus* an, so erklärt es ihn indirect schon für frei.

In gewisser Weise motivirt erscheint eine solche Anerkennung, wo die Aussicht auf Freiheit auf der *voluntas domini* beruht[14]: also theils wo der Sklave infolge unfeierlicher Freilassung sich frei gerirt, theils wo die Freilassung letztwillig angeordnet, aber ihr Effekt noch in Schwebe, also der Sklave *statu liber* ist. Außerdem kann die *possessio libertatis* als Proceßfrage auftauchen, um die Rolle des Beklagten, wenn *de libertate* gestritten wird, zu bestimmen[15], und in diesem Zusammenhange wird sogar von *possessio servitutis*[16] und *ingenuitatis* und *libertinitatis*[17] gesprochen: damit soll aber

1) *fr.* 40. *de manum. test.* (40, 4). — 2) *fr.* 44. *de fid. lib.* (40, 5).
3) *fr.* 51. § 3. *eod.* — 4) *fr.* 53. *eod.* — 5) *fr.* 45. § 2. *eod.*
6) *fr.* 26. § 6. *eod.* — 7) *fr.* 24. § 10. *eod.* — 8) *fr.* 24. § 21. *eod.*
9) *fr.* 26. *pr. eod.* — 10) *fr.* 30. § 15. *eod.* — 11) *Ulp. fr.* 24. § 10. *eod.*
12) *fr.* 26. *pr. i. f. eod.* — 13) *fr.* 49. § 1. *de poss.* (41, 2).
14) *fr.* 28. *de lib. causa* (40, 12).
15) *fr.* 10. 41. *de lib. causa* (40, 12); *c.* 14. *de lib. causa* (7, 16); *c.* 7. *de ord. cogn.* (7, 19).
16) *fr.* 1. *pr. eod.* — 17) *fr.* 14. *de prob.* (22, 3).

kein besonderer Rechtsbegriff aufgestellt, sondern die Frage der Beweislast geregelt werden[1].

Auffallend nun muß es genannt werden, wenn von *libertatis possessio* geredet wird, wo der neue Zustand des Sklaven nicht auf der erklärten *voluntas domini* ruht, bez. sogar im Widerspruch dazu steht. Dies ist der Fall bei der *fideicommissa libertas*, bei welcher dem Sklaven der mit der Freilassung belastete Herr gegenübersteht; aber auch sonst scheint man den Begriff einer *possessio libertatis* acceptirt und dabei die Fälle der *bona* und *mala fides* unterschieden zu haben. Dies führte zu dem Gedanken einer analogen Anwendung der *praescriptio longi temporis*, was zu Diocletian's Zeit geschah[2]. Aber warum dann bei der bloßen *praescriptio* stehen bleiben? Der Gedanke der *possessio libertatis* führt in strenger Consequenz zu dem der Freiheitsersitzung. Es ist freilich ein barbarischer Gedanke in rechtlicher Hinsicht, daß ein Sklave die Freiheit ersitzen, d. h. sich selbst in die Freiheit ersitzen könne, und es gehört die volle humanistische Wucht des *favor libertatis* dazu, um die unter Constantin's Consulat i. J. 302 erlassene Constitution Diocletian's zu Wege zu bringen, welche der 20jährigen *possessio libertatis* die Wirkung einräumt, *ut et liberi et cives Romani fiant*[3].

C. Bemerkenswerth ist die Kette von Senatsconsulten, welche sich mit der Sicherstellung der *fideicommissa libertas* beschäftigten[4]. Ein *Sctum Vitrasianum* bestimmte, daß die *infantia* des Belasteten kein Hinderniß des Freiwerdens des Sklaven seyn solle[5]; das schon angeführte *Sctum Rubrianum* aus Trajan's Zeit half für den Fall, daß der Belastete sich durch *absentia* der Freilassungspflicht entzog[6]; ein *Sctum Dasumianum* bestimmte Freiheitserklärung auch für den Fall, *si ex justa causa absit, qui libertatem debet*[7]; ein *Sctum Articulejanum* (a. 101) ertheilte in dieser Beziehung den Statthaltern erweiterten Auftrag[8], und ein *Sctum Juncianum* (a. 182) übertrug die Sorgfalt auf fremde Sklaven, denen fideicommissarische Freilassung zu Theil werden sollte[9].

## XLI. Kapitel.

### C. Gattungsmässige Beziehungen der Persönlichkeit.

(Zu § 394—408).

### I.

### Verwandtschaftsbild.

Zu § 396] Immer hat sich das Bedürfniß gezeigt, die verwickelten Beziehungen größerer Verwandtenkreise durch sinnliche Darstellung zu veranschaulichen; daß die Entfernungen dabei in mehrere Dimensionen auseinandergehen, ist deutlich genug, aber in welches Bild läßt sich die Verwickelung am besten fassen? Seneca[10] erzählt als von einer Sitte ruhmsüchtiger Vornehmer: *imagines in atrio exponunt et nomina familiae suae longo ordine ac multis stemmatum illigata flexuris in parte prima aedium collocant*[11].

---

1) *fr.* 7. § 5. *eod.*; *fr.* 33. § 1. *de procur.* (3, 3).
2) *c.* 1. *de l. t. praescr.* (7, 22). — 3) *c.* 2. *eod.*
4) Vergl. Puchta Cursus § 218 a. E. und Böcking Pand.-Instit. (*ed.* 2. 1852) I. S. 189.
5) *fr.* 30. *pr.* — § 6. *de fid. lib.* (40, 5). — 6) *fr.* 26. § 7; *fr.* 33. § 1; *fr.* 36. *pr. eod.*
7) *fr.* 36. *pr.*; *fr.* 51. § 4. *eod.* — 8) *fr.* 51. § 7. *eod.*
9) *fr.* 28. § 4; *fr.* 51. § 8. *eod.* — 10) *de benefic.* 3, 28.
11) Dazu *Plin. H. N.* 35, 2, und Mommsen Röm. Gesch. I. S. 467.

Diese durch auf-, nieder- und seitwärts gehende Blumenflechten oder Kranzgewinde verbundene Bildergruppe hieß *stemma cognationis;* von den Römern wurde sie unter dem Bilde einer Treppe oder Terrasse gedacht, denn ihr technischer Ausdruck *gradus* ist davon hergenommen, und Paulus sagt: *gradus autem dicti sunt a similitudine scalarum locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut a proximo in proximum, id est in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus* [1].

Dieses Bild gemahnt an den antiken Baustyl, auch ist es deutlich, aber nicht sinnig, wie das Unzutreffende des *gradus quasi ex gradu nascens* zeigt. Sinniger und dem germanischen Triebe besser entsprechend ist das im canonischen Recht und sonst im Mittelalter herkömmliche Bild eines Baumes (Stammbaumes), welcher in seinen vom Stamme ausstrebenden Verzweigungen unvergleichlich treffend die wachsthümliche Entfaltung eines Verwandtschaftsorganismus darstellt.[2].

Neben Terrasse und Eichbaum stellt der Sachsenspiegel ein drittes: die Gestalt des Menschen; er wählt als Verwandtschaftsbild den menschlichen Oberkörper, an welchem er eine Siebenzahl (überhaupt seine Lieblingszahl) von Gelenken oder Gliedern (Sippen) herausbekommt, indem er den Kopf (Vater), den Hals (Sohn), das Schultergelenk (Enkel) als erste Sippzahl, welche zum „Magen" gerechnet wird, den Ellnbogen, die Handwurzel und die drei Glieder des Fingers als die fünf anderen, endlich den Nagel als eine Art siebenter Sippe (immer die 7. Stufe die unvollkommne und gleichsam zerrinnende — wie auch der 7. Heerschild) aufzählt[3].

## II.

## Der römische Agnationsverband.

**Zu § 401**] Je weiter der Blick zurückdringt in die Vorzeit der Völker, findet er Verengerung der Connubialschranken oder Heirathskreise: man nähert sich dem Ursprungsquell der Gattung, welche von einem Urpaar aus — um so die ganze Entwickelung der Gattung zur eignen That des Menschen zu machen — durch Begattung der nächsten Seitenverwandten sich entfalten mußte, auch darin die Adamitische Urformel (das ist Fleisch von meinem Fleisch!) in unmittelbarer Vollsinnigkeit verwirklichend. Demgemäß fielen von Anfang her die Bänder der Ehe und der Verwandtschaft in Eins, und man könnte geradezu die Epoche der primitiv-patriarchalen Entwickelung danach bezeichnen, daß innerhalb der Familie („der Freundschaft") gefreit, geehelicht ward: das ist der einfachste Ausdruck der Legitimität und Ebenbürtigkeit; die Gattung erkennt sich zunächst nur innerhalb der Familie, und Weiber anderer Rasse können nur Sklavinnen seyn. Ein erstes Durchbrechen dieser alten Schranke liegt in Genes. 6, 1—4 angedeutet: es erscheint als ein Frevel, und wir sehen noch zu Abraham's Zeit[4], da es sich um die Neugründung eines besonderen Volkes (Israel) handelte, besonderes Gewicht auf Haltung der Ehe innerhalb engster Verwandtschaft legen.

Nur allmählich vollzieht sich die Scheidung des Ehebandes vom Blutsband, da der Kreis patriarchaler Befangenheit sich nicht mehr selbst genügt,

---

1) *fr.* 10. § 10. *de grad.* (38, 10). — 2) Böcking Pand.-Inst. I. § 52. (S. 202) und 54 (S. 206).
3) Homeyer, die Stellung des Sachsenspiegels zur Parentelenordnung (Zueignung an v. Savigny, 1860). S. 8.
4) *Genes.* 12, 13; 16, 3; 20, 12; 24, 4. 37—40; 28, 2.

und die erschöpfte Triebkraft des Blutes durch den Reiz des Fremden und Gegensätzlichen künstlich gesteigert werden muß. So durchbricht der Paarungstrieb die Schranke der Blutseinheit und sprengt den Bann der *gens*, hinausblickend in die weiten Räume der Gattung (*genus*), unter die benachbarten Geschlechter und Stämme; es gründet sich ein intermunicipales (internationales) *conubium*, erst enger, dann immer weiter, und jede fortschreitende Erweiterung ist eine Revolution, eine Lebensfrage, ein Fortschritt der Cultur. Dies ist die tiefere Bedeutung des urthümlichen Sabinerinnenraubes und dann des harten Kampfes der Plebs um das *conubium* mit den patricischen Geschlechtern. Die Ehe trägt ein Moment der Freiheit in sich, da sie auf der Möglichkeit freier Wahl beruht; aber anfangs ist auch sie im Naturbann der Blutseinheit gebunden. Der Mensch hat mit der Kraft der Freiheit seine Verhältnisse noch nicht durchdrungen. In der aus dem Geschlechterwesen losgerissenen Plebs aber sehen wir zuerst eine Bürgermenge dieser Freiheit hingegeben, und es ist Rom eigenthümlich, daß es mit dem Siege der Plebs in verhältnißmäßig früher Zeit, d. h. in der Zeit naiver und unerschöpfter Volkskraft, den Standpunkt der Conubialfreiheit erglommen hat. Seit der *lex Canuleja* hat sich das Eheband principiell los und frei gemacht von der Basis der Blutseinheit; fortan ist erfahrungsmäßig festgestellt, daß die Gattung der Menschheit zusammengehalten wird durch zwei Grundbänder, das freie der Ehe und das angeborne der Verwandtschaft. Beide Linien gehen nicht mehr parallel, sondern divergiren immer mehr, um sich kreuzweise zu verflechten, und so ist die Bahn betreten, welche das Eheband immer mehr in Gegensatz zum Blutsband stellt und die Menschheit durch Paarung gar nicht Verwandter am besten zu conserviren scheint. Das Band der Zeugung allein würde die Gattung allmählich in lauter kleine Geschlechtskreise isoliren und die Menschheit spalten; die freie Ehe kommt dann ausgleichend zu Hülfe, indem sie Fremdgewordene wieder zusammenführt, Nichtangehörige frei verknüpft und so von Neuem in größeren Kreislinien Bänder um die Gattung schlingt.

Aus dieser frühzeitigen Secernirung des Ehebandes von dem Blutsband ist die ernste und strenge Aufrechthaltung der verwandtschaftlichen Ehehindernisse, wodurch die Römer sich vor allen Völkern namhaft auszeichnen, erklärlich; das Christenthum, auch hier so leicht an der römischen Ordnung anknüpfend, hat dann in seinem neuen Geiste bestätigt, daß Ehe und Verwandtschaft, als die zwei Grundordnungen Gottes, auf welchen die Gattungseinheit beruht, nicht vermengt, sondern möglichst rein gehalten werden sollen. Aber im Römerrecht hat sich lange ein bedeutungsvoller Nachklang jener Ureinheit von Ehe und Verwandtschaft erhalten: das ist das Rechtsinstitut der *manus*. Die *manus* ist das Abbild der *potestas*, die *uxor in manu* steht in der Hausgewalt des Mannes wie dessen Hauskind, sie ist gewissermaaßen erstgeborne *filiafamilias* und *consanguinea* ihrer eignen ehelichen Kinder; auf *manus* beruht ein Theil der Agnation, und *manus* ist die unter den Gesichtspunkt der Verwandtschaft gestellte Ehe. Das ist eine recapitulirende Ahnung jener patriarchalen Urphase der Menschheit: auch hier scheint Rom gleichsam von vorn begonnen zu haben. Freilich hat mit dieser Einordnung des Ehebandes unter die Verwandtschaftsidee diese selbst eine abstractere, idealere Gestalt erhalten, und es war der Anfang zu dem Institut der fingirten oder Adoptivverwandtschaft gemacht: die Heimführung der Gattin ist gewissermaaßen die primitivste und naivste Art der Adoption. Auf diesem

Wege idealisirte sich also der Verwandtschaftskörper zum freien Organismus hausunterthänigen Zusammenhangs, Alles führte sich auf den gestaltenden Willen des freien Menschen, also vor Allem des autonomen Bürgers, des *paterfamilias,* zurück: als verwandt galt Alles, was durch potestasartige oder potestasähnliche Gemeinschaft verbunden ist, gleichviel ob Blutseinheit zugrunde liegt oder nicht.

Bei den Römern hat sich diese Ausdehnung des Conubialkreises immer innerhalb des Bürgerthums gehalten, die *familia* blieb gebannt in den Umkreis der Civität, und nur in dem Maaße, als die Civität sich ausdehnte, ward auch das *conubium* allgemeiner. Dies lag in der Grenze, welche das Heidenthum der Menschheit gab. Der entscheidende Schritt war geschehen mit der Losreißung des *conubium* vom Geschlechterwesen, und damit war dem *status familiae* seine alte publicistische Capitalbedeutung genommen und die Umgestaltung des Begriffs der *minima cap. diminutio* vorbereitet. Im Princip konnte das heidnische Alterthum nicht darüber hinaus; auch als die alte Manusehe nicht mehr Regel war — in der Kaiserzeit —, wurde doch die Civität als Conubialschranke festgehalten, und in diesem Sinne blieb das *conubium* die Bedingung und Grundlage, wie der *patria potestas,* so der *agnatio.* Aber freilich, die *agnatio* hatte durch die Anerkennung des *naturale nomen cognationis* eine gefährliche Nebenbuhlerin erhalten, und damit war ein weiterer Schritt geschehen zur völligen Trennung der Ehe von der Verwandtschaft: die Ehe war selten noch *manus* (Agnation) und die Verwandtschaft durchaus nicht mehr bloß Agnation. Die freie Römerehe und das *Edictum unde cognati* sind parallel gehende Begriffs- und Lebensentwickelungen und zusammenhängende Stufen der Entfernung vom römischen Nationalwesen.

Das *conubium* hatte ursprünglich an der *gens* gehangen, *gens* und *agnatio* waren zusammengehörige Begriffe; der Kreis der *gentiles* war der weitere die eigentlichen *agnati* umgebende Kreis und trat in Ermangelung von Agnaten als erbberechtigt ein. Aber die Bedeutung und Nachweislichkeit der Gentilverbände schwand, und in demselben Maaße wuchs die Bedeutung der Cognation, welche gleichsam an Stelle der *gens* sich nun als ein weiterer Kreis um die Agnatenschaft zog; das *genus cognatorum* [1] ersetzte nun gewissermaaßen die *gens* im alten Sinne. Als Gaius (3, 17) von dem Gentilverbande als einer antiquirten Einrichtung erzählte, war die Cognation und das freie Conubium (auch mit Libertinen) in zahlreichen Anwendungen anerkannt, und Papinian [2] scheint *genus* und *gens* als gleichbedeutend zu verstehen.

Der Ausdruck A g n a t e n ist in unser Lehn- und Staatsrecht übergegangen, der Begriff ist ein analoger, aber nicht identischer. Wir verstehen jetzt unter Agnaten die durch Männer verbundenen ehelichen Blutsverwandten ohne Mißheirath; die Idee der *potestas* fehlt, dagegen werden meist nur Personen männlichen Geschlechts darunter begriffen.

## XLII. Kapitel.

### D. Die sociale Ausstattung der Person.

(Zu § 404–407.)

**Zu § 404]** Bei der Begriffsbestimmung der Ehre verfällt man gewöhnlich in zwei Irrthümer: daß man sie wesentlich als eine s i t t l i c h e Idee auf-

1) *fr. 1. pr. de liberali causa* (40, 12). — 2) in *fr. 1. de probat.* (22, 3).

faßt, und daß man sie auf die genossenschaftliche Verbindung der Menschen gründet. Die Ehre verhält sich vielmehr ihrem Wesen nach sowohl zur Moral, als zum Genossenschaftsband gleichgültig, denn sie tritt nicht selten in sehr unsittlichen Erscheinungen auf, die darum nicht minder energisch und verbreitet sind, und sie findet sich häufig als eine ganz gleichartige bei verschiedenen Genossenschaften vor.

Die Ehre ist ein Ergebniß der socialen Constellation, in welche ein Mensch theils durch Geburt, theils durch Wahl, nämlich durch freien, seinem Leben eine dauernde Richtung gebenden Entschluß zu stehen kommt. Eine solche Stellung des Menschen hängt von der Lebensaufgabe ab, welche er zu erfüllen hat, und welche, indem der Mensch mit seiner persönlichen Kraft ihr sich hingibt, ihm ein bestimmtes typisches Gepräge verleiht, ihn von dem Lichte des Ganzen, welchem er dient, umstrahlt werden, oder, wofern dieses Licht sich in verschiedenen Flächen bricht, in einer karakteristischen Färbung erscheinen läßt. Diese Lebensaufgabe nennt man Beruf; der Beruf des Menschen ist die Quelle seiner Ehre. Darum je allgemeiner der Beruf ist, welcher an den Menschen unterschieden wird, um so abstracter ist die ihnen mit Rücksicht darauf zukommende Ehre; je mannichfacher die Berufe sind, welche in einem mehr oder weniger reichen Volksthum sich gliedern und entfalten, um so reicher und vielgestaltiger ist das Feld der Ehren, und nach der Höhe des Berufswerthes stufen sich die Grade der Ehre ab, welche im Volksbewußtseyn gemessen und unterschieden werden. Der Proceß aber, durch welchen die Ehre so aus dem Berufe hervorgeht, vollzieht sich nach Gesetzen, welche außerhalb des freien Willens der Einzelnen liegen und selbst nicht durch den augenblicklichen Beschluß der betheiligten Gesammtheit willkürlich geändert und bestimmt werden können. Dergestalt ist die Ehre immer wesentlich das Ergebniß naturproceßartig wirkender Kräfte des socialen Lebens; die Ehre, welche auf diesem Wege den Individuen zufließt, gibt dem natürlichen Daseyn derselben seinen socialen Abschluß, und sie gesellt sich zu den originären Factoren der Persönlichkeit (Leib und Seele), wie der Name, als ein halb künstliches halb nothwendiges Element hinzu.

Der abstracte Mensch, wenn es einen solchen gäbe, hätte nur die Ehre, welche ihm vermöge seiner Gottebenbildlichkeit der Thierwelt gegenüber zukäme, und welche er zu wahren nur sich selbst und Gott schuldig wäre. Diese abstracte Ehre war den heidnischen Völkern fremd und hat erst im vollen Lichte des Christenthums Anerkennung gefunden. Die Römer der classischen Zeit kannten nur eine Römerehre, wir kennen und betonen eine Menschenwürde und Menschenehre. Auf diesem Untergrunde ruhen alle Kreise und Stufen der besonderen Ehre, welche sich von dem allgemeinen Menschenberufe abheben.

Das erste die Ehre scheidende Moment ist das Geschlecht, denn der Mann hat im Allgemeinen einen anderen Beruf als das Weib, und demgemäß ist die männliche Ehre im Grunde eine andere, als die weibliche, ja bei den Orientalen hat eigentlich nur der Mann eine Ehre, das weibliche Geschlecht entbehrt dort der eignen Ehre. Bei den occidentalen Culturvölkern ist aber diese anerkannt; die weiblichen wie die männlichen Volksgenossen sind der Ehre des Bürgerthums theilhaft. Alle Bürger haben gleiche Ehre, nur gibt es gewisse Ehrenschmälerungsgründe, in denen nicht Abstufung, sondern Verletzung der Ehre zu Tage kommt. Zu eigentlichen Abstufungen der Ehre gab es im Rö-

merthum nur unvollkommne Ansätze, verschwimmend mit den Elementen des Etiketten-Rangs und Staats-Amtes[1].

Diese Gleichheit des Berufs, des Standes und der Ehre aller Bürger kehrt analog im Gesellschaftswesen des heutigen Nordamerika wieder, wo weder stehende Berufsbahnen, noch strenge Standesabstufungen unterschieden werden, Jeder vom Hinterwäldler bis zum Unionspräsidenten der gleichen Ehre genießt, und von der allgemeinen und gleichen Ehre weiter Niemand ausgeschlossen ist, als solche, in denen sich verrathendes Indianer- oder Negerblut fließt.

Neben jener römischen und dieser nordamerikanischen Ehre nimmt sich das Culturleben des germanischen Mittelalters wie das unendliche Ineinanderspiel farbiger Kreise aus, welche da durch die wechselvolle Mannichfaltigkeit der typisch gesonderten Berufsbahnen, Standeskreise, Ehrenstufen gebildet wurden. Stand und Ehre sind die correlaten Begriffe, darum so viele Stände, so viele Arten und Stufen der Ehre, und je höher die Aufgabe und Leistung eines Standes für das gesellschaftliche Ganze in der Volksschätzung gewürdert wird, um so höher steht die Ehre der Standespersonen. Mit dem Begriffe der Genossenschaft hat an sich der Ehrenpunkt nichts zu thun, sondern nur insofern, als aus den Elementen des Standes das Genossenschaftsgebilde seine Hauptnahrung zieht, hängen Ehre und Genossenschaft mittelbar zusammen; Beruf und Stand sind die Vermittelungsglieder. So gab und gibt es auf germanischem Boden eine Ehre des Geistlichen und des Ritters, des (freien) Landmanns und des Bürgers, des Gelehrten und des Kaufmanns, am höchsten rangirt die Ehre der Personen, welche den regierenden Häusern angehören, d. h. auf derselben Hochfläche stehen, auf welcher die Throne errichtet sind, denn der Beruf, Staatsoberhaupt zu seyn, ist der oberste unter allen irdischen Berufen. — Mancher der mittelalterlichen Berufe ist erloschen oder gesunken, Wandelungen des Berufslebens haben sich vollzogen und vollziehen sich noch, und mit ihnen wandelt sich auch die Staffel im Reich der Ehre; in allen diesen Wandelungen aber ist ein Zug der Nivellirung unverkennbar, welcher unser Gesellschaftswesen in gewisser Weise dem allgemeinen und abstracten Ehrbegriff der Römer wieder annähert.

Der römische Typus der abstracten Bürgerehre konnte sich erst nach Ueberwindung des alten Gegensatzes des Patricier- und Plebejerthums, also in den letzten Jahrhunderten der Republik, feststellen, und das Edikt des Prätor ward das eigentliche Laboratorium dieses Entwickelungsprocesses. Der prätorische *dignitatis status* trat neben die Statusscala des Civilrechts; in gewissem Sinne läßt sich sagen, daß er diese Scala krönte und im lebendigen Aufbau des Gesellschaftswesens geradezu an die Stelle des alten *status familiae* trat. v. Savigny[2] hat die Infamie eine Art von *capitis diminutio*, eine halbe und unvollständige *media capitis diminutio* genannt, als solche aber scheint sie sich weit verwandtschaftlicher, als die *capitis diminutio minima*, an die *magna capitis diminutio* anzuschließen. Man möchte behaupten, daß, wenn es je einen den zwei anderen Status adäquaten *status familiae* gegeben hat, dieser infolge der Ablösung des Bürgerthums vom Gentilorganismus gewissermaaßen zerschlagen in die zwei Status der *familia* (Civilrecht) und der *dignitas* (Honorarrecht) sich verloren habe. Die publicistischen Elemente, welche

1) Vergl. Arnold Cultur- und Rechtsleben (1865) S. 136.
2) System II. S. 199.

dem (späteren) *status familiae* fehlten, und also für das Civilrecht fallen gelassen waren, wurden vom Prätor aufgegriffen und im Geiste der neuen Zeit verwerthet und placirt. Jedenfalls nähert man sich, wenn man den *status dignitatis* einen Erben des altnationalen *status familiae* (*gentis*) nennt, der älteren römischen Anschauung, welche offenbar die Artikel von der *capitis diminutio* und *existimationis minutio* in Verbindung zu bringen beflissen war. Cicero[1] rechnet infamirende Processe geradezu zu den *capitis causae*, in einem Reskripte des Severus[2] wird der Gedanke, daß Remotion eines Senators keine Infamirung sei, durch *capite non minui* ausgedrückt, und noch Modestin[3] bemerkt, daß nach allgemeinem (und namentlich vormals herrschenden) Sprachgebrauch unter *capitalis causa* auch die *causa existimationis* begriffen sei, und daß nur in der strengeren Terminologie der Juristen jetzt das Wort *capitalis* auf *mors* und *amissio civitatis* beschränkt werde. Dieser strengere Gebrauch findet sich in der That bei Callistratus[4], bei Ulpian[5] und in den Institutionen[6].

## XLIII. Kapitel.

### II. Die Persönlichkeit der Körperschaften.

(Zu § 408–411.)

Zu § 408] Folgende Erwägungen gehören zur genaueren Wesensbestimmung der juristischen Personen.

I. Die juristischen Personen sind Personen, sie bilden in der Gattung der Personen eine besondere Art neben den Individuen; diese sind creatürliche, jene aber sociale Einheiten; dort ist es ein Einzelwesen, hier ein Gemeinwesen, an welchem Persönlichkeit anerkannt ist. Mit einer Fiction haben wir es bei beiden Arten regelmäßig nicht zu thun, denn auch das körperschaftliche Gemeinwesen, welchem Persönlichkeit im Privatrecht ertheilt, eine Vermögensfähigkeit zugeschrieben und eine Vermögenssphäre geschützt wird, ist eine lebendige, reale Potenz, eine Willensmacht eigner Art. Um diese Art zu verstehen, dürfen wir nicht vom Privatrecht ausgehen, denn die privatrechtlichen Attribute der Körperschaften sind diesen so wenig wesentlich, daß dieselben vielmehr insgemein längst bestehen und ins Leben thatkräftig und wirksam eingreifen, bevor sie aus ihrem primitiven Verfassungswesen eine Vermögenssphäre zeugen und mit Bewußtseyn solche Zwecke verfolgen, welche sie auf gleiche Linie mit Privaten stellen. Das eigentliche Leben und Wesen der Körperschaften besteht in ihren publicistischen Functionen; aus dem Schoße des Gemeinwesens in historisch-organischem Processe entwickelt sich eine durchgehende Tendenz, gleichsam eine traditionelle Seele, unter deren Impulsen jedes einzelne Glied und Organ des Gemeinwesens steht, so zwar, daß der Gemeinwille nicht einmal bloßes Erzeugniß sämmtlicher jeweiligen Genossen, sondern zugleich der vergangenen Generationen ist; und selbst, wenn in der einfachsten Form des Majoritätsbeschlusses der Gemeinwille auftritt, formirt sich eben in der Herrschaft der Majorität eine Potenz, welche alle Einzelnen überragt und von ihnen sich unterscheidet[7]. Aber freilich

1) *pr. Rosc.* 6. 8. 9. 15. u. s. w. — 2) *fr.* 3. *de senator.* (1, 9).
3) *fr.* 103. *de V. S.* — 4) *fr.* 28. § 1. *de poen.* (48, 19).
5) *fr.* 2. *pr. eod.* und *fr.* 14. § 3. *de bon. libert.* (38, 2).
6) § 2. *J. de publ. judic.* (4, 18). Vergl. Marezoll Ueb. d. bürgerl. Ehre (1824) S. 112 ff. und v. Savigny System II. S. 209–214.
7) *„refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem"*: *Ulp. fr.* 160. § 1. *de R. J. jct. Scaev. fr.* 19. *ad munic.* (50, 1).

kommt es zu solcher körperschaftlichen Geschlossenheit nur da, wo die Mitgliedschaft eine wirkliche Lebensgemeinschaft in sich begreift, und nicht bloß einzelne willkürliche, äußere oder zufällige Interessen als Zwecke des gegründeten Gemeinwesens gesetzt wurden. Je naiver das Gemeinwesen entstanden und geworden ist, um so näher und gleichartiger ist die in ihm sich erzeugende und forterbende Willensmacht derjenigen einer individuellen Person, und je künstlicher der Verein gemacht und je reflectirter er weiter geführt wird, umsomehr entfernt er sich von der Art individueller Wesen, und um so näher liegt das Bedürfniß der Zuhülfenahme einer Fiction, um ein Substrat zu gewinnen für die Annahme einer Willensmacht und die Setzung einer Persönlichkeit: nur darf von diesen Ausläufern und gleichsam zerfließenden Grenzgebieten her nicht das eigentlich constructive Princip abgeleitet werden.

Unter den juristischen Personen des röm. Rechts sind es die Municipalsenate und die Legionskörper, welche ohne rechte Naturwüchsigkeit schon auf der Grenze zwischen Realität und Fiction stehen und insofern als Mischtypen zu bezeichnen sind. Noch mehr neigen nach der Seite der Fiction die Vereine für vorübergehende Geselligkeit und egoistischen Erwerb, denn hier ist das Moment der Lebensgemeinschaft so spärlich, daß von der Entwickelung eines einheitlichen Kollectivwillens, der zu einer Macht über den Einzelnen würde, überhaupt kaum noch gesprochen werden kann; hier beruht daher die ganze Geltung der abgegrenzten Sphäre auf staatlicher Schöpfung. Unsere moderne Zeit ist in dieser Richtung noch einen Schritt weiter gegangen, indem sie in den Actienvereinen Persönlichkeiten ohne alle reelle Lebenseinheit anerkannt hat; hier würde, sofern nicht die Idee der Stiftung zu Hülfe genommen werden kann, die Fiction unumgänglich seyn.

II. Es gibt, wenn von der Classe der Actienvereine abgesehen wird, nur zwei Hauptclassen juristischer Personen, nämlich Körperschaften und Stiftungen. Die Seele der Körperschaft bildet der aus dem Gemeinschaftswesen sich entwickelnde Gesammtwille der Mitglieder, die Seele der Stiftung aber der aus der Willensfreiheit eines Einzelnen sich in schöpferischer Bethätigung abzweigende und so verselbständigende Wille des Stifters. Beides entspringt aus der Zeugungskraft individueller Willen, aber dort liegt eine organische Verbindung mehrer Willen, hier eine schöpferische Aussonderung aus Einem Willen vor, wodurch das von den zeugenden Willen verschiedene Wesen gebildet wird. Bei der Körperschaft wird der Wille der Mitglieder, insoweit er sich dem Gemeinzweck hingibt und ihm angehört, der Träger der Sphäre, bei der Stiftung ebenso der Wille des Stifters, insoweit er sich mit dem gesetzten Zwecke identificirt und sich ihm mit dauernder Wirkung hingibt; in beiden Fällen ist es schöpferische Emanation individueller Personen. Die Stiftung aber ist das schwierigere Produkt, denn sie setzt eine eminente Tragweite des Willens Einzelner voraus, und es erscheint in ihr ein schöpferischer Willensakt mit der Kraft verewigten Wirkens; während sonst der Privatwille nur Rechtsverhältnisse zeugt, zeugt der Wille eines Stifters eine Rechtssphäre. Rom besaß nur Ein Rechtsinstitut, welches dieser eminenten Idee verwandt ist, die *manumissio*, sofern hier der Römer durch einen solennen Rechtsakt eine Person in die Welt setzte, also eine Rechtssphäre schuf, welche bis dahin *jure civili et gentium* noch nicht bestanden hatte. Aus einem Willen, so daß dieser völlig frei einen Zweck setzte, eine Sphäre, eine juristische Person zu schaffen, das konnte auf heidnisch-römischem

Boden noch nicht gelingen: dazu gehörte vielmehr die junge und ungemeine Triebkraft der christlichen Kirche; erst als diese Triebkraft verjüngend und schaffend in die Gesellschaft eindrang, begann die reiche Saat milder Stiftungen (*piae causae*) emporzusprossen, welche dann auf germanischem Boden so mächtig und segensreich sich entfaltete. Im classischen Recht der Römer gab es noch nicht Stiftungen, nur Körperschaften (*universitates personarum*).

Indem von mir den Stiftungen die Körperschaften (im weitern Sinne) gegenübergestellt werden, reiht sich der Fiscus, d. h. die privatrechtliche Seite des Staats, den Körperschaften ein: der Fiscus gehört zu diesen so gut, wie die Gemeinde[1]. Beide politischen Lebenskreise, der größere und der kleinere, beruhen auf einer territorialen Genossenschaft, welche ein historisches Leben führt, sie unterscheiden sich qualitativ nur durch die Verschiedenheit ihrer social-politischen Aufgaben, in ihrem inneren begrifflichen Verhältniß zu ihrer Vermögenssphäre stehen sie auf ganz gleicher Linie, und nicht dies, sondern nur die positivrechtlichen Privilegien des Fiscus geben Anlaß, denselben innerhalb des Privatrechts abgesondert von den anderen Körperschaften, zunächst den Gemeinden, darzustellen. An sich gehört der Fiscus so gut einer Körperschaft, wie das Aerarium: dort der Volksgenossenschaft, hier der engeren Localgenossenschaft; es ist daher inconcinn, den Fiscus nicht den *universitates personarum* einzureihen, und ungenau, diesen Begriff auf bestimmte Classen der Körperschaften einzuschränken.

III. Hauptsächlich nach zwei Seiten hin (abgesehen von den gleichfalls von Manchen personificirten Staatämtern) hat man die Zahl der juristischen Personen vermehren wollen, bald durch Ungenauigkeit, bald durch Spielerei des Denkens verführt[2]. Ich meine die Ansichten, daß die *hereditas jacens* unter die juristischen Personen gehöre, und daß auch Grundstücke mögliche Rechtssubjekte seien. Die *hereditas jacens* kann nicht juristische Person seyn, weil der ganze Typus derselben durch den Unterschied von dem individuellen Willen (von der einem Individuum gehörigen Willenssphäre) bedingt ist: daher wo eine Rechtssphäre sich mit dem Willenskreise eines Individuums völlig deckt, wäre es nicht rationell, den Begriff der juristischen Person herbeizuziehen. Nun wird zwar die *hereditas jacens* in den Quellen *domina* genannt, und von Florentin gesagt, daß sie *personae vice fungitur*, ja mit *municipium, decuria* und *societas* (*publicanorum?*) zusammengestellt[3]: allein offenbar wollte da der röm. Jurist dieser Vergleichung nicht die Tragweite eines civilistischen Dogmas beilegen, und von anderen Juristen ist es wiederholt und deutlich genug ausgesprochen worden, daß die *hereditas jacens* nicht die Kraft eigner Persönlichkeit, nicht eine eigne civilistische Seele, sondern die Seele des *defunctus* in sich trage und folglich dessen bestimmte individuelle Person fortsetze. Der Zweck der *hereditas jacens* liegt theils in der Rücksicht auf des Erblassers Willen, Namen und Ehre, theils in dem Hinblick auf das Interesse des Erbfolgers, immer also sind es bestimmt gegebene Individuen, in deren Zwecken sich der Zweck der *hereditas jacens* erschöpft, und es kann von anderer Verwendbarkeit, als im Dienste des künftigen Erbfolgers, keine Rede seyn[4]. Somit könnte es nur die ganze Lehre

---

1) anders v. Savigny System II. S. 245. — 2) Vergl. z. B. Böcking Pand.-Instit. I. § 62.
3) *fr.* 22. *de fidej.* (46, 1). — 4) s. Brinz Lehrb. d. Pand. S. 1001.

von der juristischen Person in eine schiefe Stellung bringen, wenn die *hereditas jacens* als eine solche dargestellt würde. Die ächte juristische Person ist eine nichtindividuelle reelle Person, die *hereditas jacens* dagegen eine individuelle fingirte Person.

Wenn Grundstücke (*praedia*) den juristischen Personen eingereiht werden, so beruht das zunächst auf einer Verwechselung der Begriffe: Person und Rechtssubjekt. Der Person correspondirt immer eine Rechtssphäre, d. h. ein Umkreis von Rechtsbeziehungen, der sich erfüllen und entleeren kann, indem er immer ein *juris nomen* vertritt; allerdings kommt dann die Person auch als Subjekt einzelner Rechtsverhältnisse in Betracht, aber darum ist noch nicht der Begriff der Person gegeben, wenn an das Subjekt eines einzelnen einzigen Rechtsverhältnisses gedacht wird. Es ist nun wohl zuzugeben, daß nach der herkömmlichen Anschauung immer nur Personen als Rechtssubjekte vorkommen, aber eben darum wirft sich die Frage auf, ob ein Grundstück als Subjekt eines Rechtsverhältnisses (z. B. einer Prädialservitut) gelten könne, wenn eben nichts weiter als dieses eine Rechtsverhältniß vorliegt, und von einer ganzen Rechtssphäre daneben keine Rede ist. Eine Person, die nichts weiter als ein einziges Rechtsverhältniß unter sich hätte, wäre fürwahr eine dürftige Person, eine auf eine Linie reducirte Gestalt, d. h. ein Unding, und das wäre ein schwerfälliger Rechtstrieb, welcher, um ein einzelnes Rechtsverhältniß zu formiren, dazu eine ganze Person künstlich schaffen müßte: das röm. Recht ist frei von solcher Künstlichkeit und Hypertrophie. Die bildlichen Ausdrücke: *praedium dominans, praedium debet, fundus amittit jus, praedium oneratur, praedium liberum, praedium convenitur, praedio sententia debetur, ager itineri servit* und *appulsus pecori debetur* sind keine Argumente für das Gegentheil [1].

IV. Andere erklären gar die juristischen Personen überhaupt für Gespenster; es ist der Nachhall jener Theorie, welche den Begriff auf eine Fiction gründet. Es liegt ein materialistischer Gedanke in der Anschauung, welche überhaupt des Rechtssubjekts entbehren zu können sich vermißt, und alle rechtlichen Erscheinungen in materielle und in ihrem eignen Schwerpunkt ruhen sollende Interessen auflöst. Wer ohne Rechtssubjekt construirt, bedarf auch keiner Personen, und entledigt sich daher selbstverständlich zu allererst der juristischen Personen, denn wer operirte gern, wenn nicht ein wirklicher Zwang dazu besteht, mit Fictionen? und nach der gemeinen Meinung sollen ja die juristischen Personen fingirte Personen seyn. Wir aber haben erkannt, daß sie dies nicht sind, wir meinen, daß die juristischen Personen, so wenig wie die Obligationen, Fictionen seien: jene sind *personae incorporales,* diese *res incorporales,* dort ist der Wille als besonderes Rechtssubjekt, hier als besonderes Rechtsobjekt gebildet. Uebrigens halten wir daran fest, daß das Rechtssubjekt zu den logischen Elementen der Rechtssphären und Rechtsverhältnisse gehört, und daß mithin die Frage der Persönlichkeit im letzten Grunde eine Frage der civilistischen Construction ist.

Von dem angegebenen Standpunkt aus kann auch der neue Versuch, die Formel „Zweckvermögen" zu substituiren, uns unmöglich genügen. Anlaß dazu hat vielleicht v. Savigny's Wendung gegeben, die juristische Person sei eine bloß zu juristischen Zwecken angenommene Person [2]; es ist dann viel

---

1) s. Kuntze Heidelb. krit. Zeitschr. I. (1858) S. 550.
2) System II. S. 236; dazu S. 243.

von „personificirten Zwecken“ gesprochen worden, und endlich hat neuerdings Brinz[1], unter Nachfolge von Bekker, Demelius und Randa, eine umfassende Theorie der Zweckvermögen entwickelt[2]. Er hat uns von der „Vogelscheuche“ der juristischen Person befreien wollen, und hat uns dafür in das Dämmer- und Nebelland des „Zweckvermögens“ geführt. Ein Zweckvermögen scheint mir ein unausgedacht oder unfertig gebliebener Gedanke, denn es gibt keinen Zweck ohne Zwecksetzendes, und nur die Person, die Selbstzweck ist, kann Zwecke setzen. Wir kommen also von dem Begriffe des Zweckvermögens aus, wenn wir den Gedanken logisch zu Ende führen, am Ende auf den angefochtenen Begriff zurück, welcher nun eben, weil er keine Fiction, sondern eine Realität enthält, ebenso unausweichlich als einfach ist, und immer der einzige wirklich befriedigende Ausgangspunkt der Construction bleiben wird. Wer Subjekt und Person aufgibt, befindet sich auf einer abschüssigen Bahn, welche in den Abgrund und das Chaos der Constructionslosigkeit führt. Die Gestalten des röm. Rechts bewegen sich sämmtlich im ungetrübten Tageslicht, stehen aufrecht auf gerader Fläche und halten sich in präcisesten Umrissen; Zweckvermögen ist eine barbarische Vorstellung, ein Römer im Orcus.

---

## Zweiter Abschnitt.

## Die Rechtsverhältnisse.

**(Allgemeines Verkehrsrecht).**

---

### XLIV. Kapitel.

### I. Uebersicht.

(Zu § 412–416.)

Zu § 414] Das Wort *res* kommt in den Quellen in einem doppelten Sinne vor, einem naturalen und einem idealen. Im naturalen Sinne bedeutet es die sinnlichen Rechtsobjekte (die Sachen), so wenn die Servitut ein *jus in re* genannt wird oder von *res unitae* und *cohaerentes* die Rede ist. Daneben aber kehrt dasselbe Wort häufig in einem bestimmten andern Sinne wieder, welcher etwa so zu denken ist: wie die natürlichen Sachen individuelle Stücke der Außenwelt sind, so gibt es in der juristischen Welt einzelne Erscheinungen, individualisirte Parcellen der Privatsphäre; was jene Sachen in der Natur sind, das sind die verschiedenen Angelegenheiten einer Person, die einzelnen Rechtsverhältnisse, im Kosmos des Rechts: so sind *res* die einer Rechtssphäre angehörigen juristischen Realitäten. Nicht selten schwimmen allerdings beide Bedeutungen, jene naturale und diese ideale, mehr oder weniger in einander, indessen herrscht insgemein die eine oder andere entschieden vor.

---

1) Lehrb. d. Pand. S. XI u. 979 ff.
2) vergl. dagegen Windscheid Pandektenrecht I. § 49. Anm. 2. 3. Arndts Lehrb. d. Pand. § 41; Anm. 3 und Kuntze in d. Heidelb. krit. Zeitschr. V. (1856) S. 359–365.

Indem Gaius in der Classification seines Elementarbuchs die *res* zwischen die *personae* und *actiones* stellt und unter den Gesichtspunkt der *res* nicht bloß das *dominium*, sondern ebenso die *hereditas* und *obligatio* einreiht[1], zeigt er, daß *res* von ihm hier nicht im naturalen Sinne gebraucht ist. Die bekannten Eintheilungen: *res mancipi* und *nec mancipi*, *res corporales* und *incorporales* gehören unter denselben Gesichtspunkt, denn die *res mancipi* umfassen auch (Rustical-) Servituten, also Rechte (nicht Sachen); *res corporales* bedeuten das Eigenthumsrecht, welches sich mit seinem sinnlichen Objekt zu decken scheint, und *res incorporales* alle übrigen Arten von Rechten, bei denen jene Deckung nicht stattfindet (vornehmlich Erbrecht, Obligationen und Servituten)[2]. Die röm. Juristen, wenn sie das körperliche Rechtsverhältniß (Eigenthum) solchergestalt absonderten, haben zunächst nur an dessen dogmatische Eigenartigkeit (*rei possessio* im Unterschied von der *juris possessio* u. s. w.) gedacht, indeß knüpft sich daran auch ein nicht unerhebliches historisches Interesse: denn gleichwie allezeit die sinnlichen Wortbedeutungen die primitiven sind, so läßt sich auch annehmen, daß, wo der Rechtstrieb an die Welt der Sinnlichkeit einfach anknüpfen und gleichsam auf ihr fußen konnte, er die ersten entscheidenden Schritte that. Allerdings bestimmt sich das Wesen des Eigenthums allererst mit der Gegenüberstellung andrer Rechtsarten, allein im Großen und Ganzen wird doch der Anfang der Rechtsentwickelung sicher getroffen, wenn man sagt, daß alle Arten von Rechten sich gewissermaaßen aus dem Schoße des Sachenrechts (Eigenthums) heraus entwickelt haben. In der *manus* spiegelt sich noch später dieser sinnliche Ausgangspunkt.

Auch wenn vom *procurator in rem suam*, oder von *auctoritatis interpositio in rem suam*[3], oder von *res in litem deducta*, oder *societas unius rei*, oder *diligentia in suis rebus* (*in sua domo*)[4], *actiones rei persequendae causa comparatae*, oder *res Africanae et Syriaticae*[5] die Rede ist, haben wir nicht gerade an Sachen, sondern an Rechtsangelegenheiten oder Rechtsverhältnisse zu denken.

Oft und vielleicht vorzugsweise liegen dabei Sachen zugrunde, und so lange die körperlichen Werthe die größere Masse des Volksvermögens bilden, werden immer unter Vermögensverhältnissen vorzugsweise die Rechtsbeziehungen der Grundstücke und des Mobiliars gemeint seyn; allein wenn das Obligationenrecht an Bedeutung zunimmt, gelten auch unkörperliche Werthe als Realitäten, ja es consolidirt sich selbst die Vorstellung des Vermögensganzen oder der Rechtssphäre zu einer Realität. *Res uxoria* bedeutete vielleicht vorzugsweise einen *fundus dotalis* (bez. *res pretiosae muliebres*), dann aber überhaupt die *dos* als ein Ganzes, wie *peculium* oder *patrimonium*; *res pupillaris* das Mündelvermögen. *Res privata s. familiaris*[6] drückt die ganze Privatsphäre einer Person (*familia, domus*) aus, und *res publica* die Rechtssphäre des Staates in seinen publicistischen Beziehungen. — So verzweigt sich das Wort *res* durch das ganze System[7].

---

1) s. Cursus § 365.
2) *Gai.* 2, 14. 17; *fr.* 1. § 1. *de rer. div.* (1, 8); *fr.* 6. *pr.*; *fr.* 23. *de V. S.*
3) *fr.* 1. *pr. de auct. tutor.* (26, 8). — 4) *Pomp.* in *fr.* 65. *pr. de usufr.* (7, 1).
5) *fr.* 12. 15. *de test. tut.* (26, 2).
6) *fr.* 6. *de sep. viol.* (47, 12); *fr.* 7. § 14. *de pact.* (2, 14).
7) Andere Bedeutungen: a) Rechts- oder Klaggrund (*causa, origo*): *fr.* 76. *de jud.* (5, 1); *Gai.* 4, 98; *ratam rem haberi*; *modo cujus rei dies fuit*; *si in ea re nihil dolo malo*; *exceptio rei residuae*; *bis de eadem re ne sit actio*. b) *in rem* = absolute Wirksamkeit, z. B. *pactum de non petendo in rem*; *fr.* 21—25. *de pact.* (2, 14). c) *Tutor personae, non rei datur*.

# XLV. Kapitel.

## II. Das Rechtssubjekt.

### 1. Handlungsfähigkeit und Wohnsitz.

(Zu § 417–422.)

Zu § 418] Die Delictsfähigkeit der Körperschaften ist eine alte Streitfrage, für den freilich sofort entschieden, welcher die juristischen Personen schlechthin als fingirte Wesen denkt, denn Fictionen sind unverantwortlich, und ohne Verantwortlichkeit gibt es selbstverständlich keine delictmäßige Haftung. Allein wer einen Blick wirft in das thatsächliche Walten der Willensmächte, welche das Leben der Völker, der Gemeinden und anderer kraftvoller und geschlossner Lebensgenossenschaften beseelen und beherrschen, der muß, je deutlicher er hier schöpferische Lebenstriebe wahrnimmt, vor jener Negative zweifelhaft werden, und wer nicht Nüchternheit mit Atomismus und Mechanismus verwechselt, der wird finden, daß in den urwüchsigen durch Geburt und Beruf sich fortpflanzenden Gemeinheiten reale Willenseinheiten wirken, denen das Recht nur dann gerecht wird, wenn es ihnen die Rolle von Personen zuerkennt. Daß noch ein Unterschied besteht zwischen Individual- und Communalpersonen, wer will das leugnen? Es werden ja die juristischen Personen eben nur neben die natürlichen Einzelpersonen, nicht unter sie, gestellt; es fragt sich aber, ob der Unterschied solche Momente begreift, daß dadurch die unmittelbare Beziehung von Entschlüssen, Handlungen, Vergehungen, Freveln auf die Communalperson selbst ausgeschlossen wird.

Versetzen wir uns in die Zeiten eines naiveren Volksthums, wo der Einzelne sich mit seinem Dichten und Trachten, Willen und Selbstbewußtseyn noch nicht zur individuellen Freiheit der Bewegung herausgearbeitet hat, vielmehr mit allen seinen Trieben an der Genossenschaft, wie die Rebe am Weinstock, hängt: hier, müssen wir sagen, gehen Thaten vom Ganzen aus, und steht bei manchen Maaßregeln der Genosse so unter den Impulsen der Tradition, der Gesammtheit, der Majorität, daß, was er aus diesem Lebenskreise heraus und als Organ der Genossenschaft thut, ihm nicht als Einzelnem, sondern eben als Organ, d. h. der Gesammtheit selber, zuzurechnen ist[1], und daß jeder Genosse mitzutragen hat an den Folgen, weil er in lebendigem und unablässigem Wechselverkehr Aller mit beigetragen hat und beiträgt zur Entwickelung der gemeinheitlichen Regungen, um deren criminelle Früchte es sich schließlich handelt. So hat der Ausspruch des Scaevola: *quod major pars Curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint*[2], einen tieferen Grund, als bloße Zweckmäßigkeitsrücksicht. Unserer heutzutage immer mehr atomisirenden Lebensanschauung und Lebensgestaltung ist solcher Gedanke freilich unsympathisch, aber das ganze Mittelalter wäre ohne ihn ein unverständliches Chaos, und auch den Römern ist er nicht ganz fremd gewesen.

Völker und Städte sind der Vernichtung übergeben, mit verschiedenartigen Strafen belegt worden im Gefühl einer sittlichen Vergeltung und Genugthuung, die auf solchem Wege vollzogen werde[3]; der römische Staat

1) Aehnliche Anschauungen liegen selbst dem röm. Privatrecht nicht fern: *velle non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini. Ulp. fr. 4. de R. J.*

2) *fr.* 19. *ad munic.* (50, 1).

3) Vergl. *Liv.* 26, 16 und *Mod. fr.* 21. *qu. m. usufr. am.* (7, 4).

hat sich darauf eingelassen, über fremde Regenten während ihrer Unmündigkeit die Vormundschaft zu übernehmen; ja im Sinne des prätorischen Edikts ist sogar angenommen, daß nicht bloß natürliche Personen, sondern auch Körperschaften für ihre Thaten nach dem Princip der *actio quod metus causa* verantwortlich seien[1]. Ließe sich Alles das rechtfertigen, wenn in der That die juristischen Personen bloße Fictionen wären? — Die Körperschaften also sind reale Einheiten, einheitliche Gemeinwesen, welche wollend und handelnd auftreten und im Umkreise ihres Lebens verantwortlich sind, gleich natürlichen Personen thätig eingreifen, wirken und die Folgen zu tragen haben. So liegt die Frage für das öffentliche Leben.

Es löst sich aber von dieser Betrachtung die Frage ab, ob an den Körperschaften ein privatrechtliches Handeln und eine civilistische Verantwortlichkeit anzuerkennen sei. Der Schwerpunkt ihres realen Wesens und Lebens liegt außerhalb des Privatrechts, in dieses ragen sie nur mittelbar oder secundär mit ihrer Vermögensseite herein[2], und es kann daher zweifelhaft erscheinen, ob sie unmittelbar selbst privatrechtliche Geschäfte celebriren[3], und ob sie auch durch ihre oder ihrer Organe Delicte sich civilrechtlich verpflichten können. Jedenfalls muß es unter Umständen der Billigkeit angemessen seyn, denen, welchen durch Organe einer Körperschaft im Verfolg oder Zusammenhang der verfassungsmäßigen Functionen ein unrechtmäßiger Schaden zugefügt ist, einen directen Entschädigungsanspruch gegen die *arca communis* einzuräumen, unter Verweisung dieser auf den Regreßweg, falls einen solchen die individuelle Unrechtlichkeit der Beschließenden oder Vertretenden genugsam motivirt.

## XLVI. Kapitel.

### 2. Vertretung und Ergänzung. Vormundschaft.

(Zu § 423—435.)

### I.

### Die Elemente der römischen Tutel.

Zu § 424] Den Grundsätzen des classischen Rechts ist es nicht angemessen, die Vormundschaftslehre als Theil des Familienrechts zu behandeln: unsere Doctrin hat, indem sie das zu thun pflegt[4], unbewußt germanische Triebe dem Römerrecht untergeschoben. In alter Zeit mag die Vormundschaft allerdings als ein der *potestas* gleichartiges Gewaltverhältniß gegolten haben, wovon manche Spuren übrig sind. So faßt Livius (34, 2) die *tutela muliebris* mit der *patria potestas* und *manus mariti* unter dem Worte *manus* (*parentium, fratrum, virorum*) zusammen; die alte schon bei Servius vorkommende Definition lautet: *tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa*[5]; damit stimmt noch des Gaius Ausdruck: *alterius tutela, tutoris auctoritate regi*[6], und die Bezeichnung der *tutores* als *quasi parentes* in den *fragm. Vat. § 304*[7] überein.

1) *Sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus, vel curia, vel collegium, vel corpus: huic Edicto locus erit. Ulp. fr.* 9. § 1. *qu. met. c.* (4, 2).

2) s. v. Savigny System II. S. 240.

3) *hereditatem cernere, possessionem animo acquirere: Ulp.* 22, 5: *fr.* 1. § 22. *de poss.*. (41, 2).

4) s. z. B. Marezoll Lehrb. d. Inst. § 182. Müller Lehrb. d. Instit. § 11. 172 a. A.

5) *fr.* 1. *de tutelis* (26, 1). — 6) *Gai.* 1, 189. 190.

7) Vergl. dazu § 13. *J. de excus.* (1, 13): *regi.*

Diesem Gesichtspunkt entsprach die Auffassung der Vormundschaftsführung als eines Rechts, nicht als einer Pflicht, des Vormunds. Erst nach und nach trat das eigene Interesse des Mündels in den Vordergrund, und demgemäß sagte Cicero[1]: *tutela ad utilitatem eorum, qui commissi sunt, non ad eorum, quibus commissa est, gerenda est;* in diesem Sinne rescribirte Severus Alex.: *omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat*[2], und sagte Justinian: *et tutelam et curam placuit publicum munus esse; plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet*[3].

Hierzu kommt, daß von Anfang an die Vormundschaft von den Römern vorzugsweise als eine wirthschaftliche Schirmherrschaft aufgefaßt wurde. Demgemäß war das Recht, die Vormundschaft zu führen, im letzten Grunde ein Vermögensrecht und galt als ein Anhang des (eventuellen) Erbfolgerechts, dieses gewissermaaßen zu sichern und zu ergänzen bestimmt. Als dann das Recht der Bevormundung zu einem Pflichtamt wurde, fehlte den Römern der streng juristische Zusammenhang, und Justinian mußte denselben durch jenen Billigkeitssatz: *ubi emolumentum, ibi onus,* künstlich wiederherstellen.

Nicht bloß die Agnatentutel, sondern auch die testamentarische Tutel zeigen die Natur einer wirthschaftlichen Schirmherrschaft, und die Worte der XII Tafeln: *uti legassit super pecunia tutelave rei suae, ita jus esto!* verrathen dasselbe deutlich genug. Die Tutel ward im Grunde als eine Ergänzung der *hereditas* angesehen, und der Tutor war wesentlich ein *defensor bonorum.* Er verwaltete das Vermögen; und wenn er den Mündel berieth und bei Rechtsakten ergänzte, so hatte das eben nur mit Rücksicht auf das Vermögensinteresse Statt; was ohne Bezug zu diesem war, blieb außer der Vormundschaftssphäre, z. B. Erziehung, Eheschließung. Für die Agnatentutel ist jener Gesichtspunkt allgemein anerkannt; Ulpian commentirt die Bestimmung der XII Tafeln mit den Worten: *hoc summa providentia, ut, qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur*[4], demnach: *legitima hereditas, ergo et tutela*[5], *si eodem gradu plures sunt, omnes tutelam nanciscuntur*[6], und nur ausnahmsweise *alibi est hereditas, alibi tutela*[7]. Aber auch das Institut der Testamentstutel neigt ganz nach dieser Seite; vor Allem zeigt das der Satz: *intestatus videtur et is, qui testamento liberis suis tutores non dedit*[8], und unter denselben Gesichtspunkt gehört die Pupillarsubstitution, welche mit Ernennung des Substituten zum Vormund gern verbunden wurde, denn dieselbe geschah aus Vorsorge für das Vermögen, welches hinterlassen wurde, auf den Todesfall des Pupillen, indem auf die Lebenszeit desselben für die Hinterlassenschaft durch die Vormundsernennung gesorgt wurde.

Wenn Marcellus sagt: *tutoris praecipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat*[9], so ergibt sich doch aus anderen Stellen[10], daß nur an vermögensrechtliche Geschäfte dabei zu denken ist. Wenn Marcian sagt: *tutor personae, non rei vel causae datur*[11], so zeigt doch Ulpian[12], daß unter *persona* eben nur *universum patrimonium*[13] im Gegensatz zu einzelnen Ange-

1) *de off.* 1, 25. — 2) *fr.* 2. § 2. *qui petant tutor.* (36, 6).
3) *pr. J. de excus.* (1, 25) und *de legit. patr. tut.* (1, 17).
4) *fr.* 1. *pr. de legit. tutor.* (26, 4). — 5) *Ulp. fr.* 3. § 7. *eod.* — 6) *Gai. fr.* 9. *eod.*
7) *fr.* 1. § 1. *eod.* — 8) *Paul. fr.* 6. *eod.* — 9) *fr.* 30. *de admin. tutor.* (26, 7).
10) *fr.* 1. § 2 und *fr.* 10. *eod.* — 11) *fr.* 14. *de testam. tutela* (26, 2).
12) *fr.* 12. *eod.* — 13) *fr.* 21. § 2. *de excus.* (27, 1).

legenheiten verstanden ist[1]. Wenn endlich Paulus sagt: *tutor non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli praeponitur*[2], so erhellt aus den hinzugefügten Beispielen, daß es sich dabei doch nur um Leistungen aus dem Vermögen des Pupillen (in Angelegenheiten der Pietät) handelt, und eine andere Aufgabe ist dem Vormund auch nicht durch Paulus ertheilt: *tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet*[3].

Demgemäß erklärt es sich mit Leichtigkeit, daß, seitdem die Idee des potestasähnlichen Rechts der Idee der Pflicht (*munus et onus*) gewichen war, die Stellung des Vormundes, insoweit sie überhaupt noch privatrechtliche Elemente enthielt, zu einer *obligatio* zusammenschrumpfte. Die *gestio tutelae* ist eine *administratio rerum pupillarium*[4], wie sie auch durch Contract (*procuratio omnium bonorum*) übernommen werden kann, und Rathertheilung, wie Vollwortseinlegung, welche den Vormund in seinem unmittelbaren Verhalten zur Person des Mündels zeigen, haben auch keinen anderen Zweck, als den, der Vermögensverwaltung zu dienen. Die Behauptung Böcking's[5], daß der Quasicontract erst nach beendeter Vormundschaft entstehe, trennt die *obligatio* ungehörig von ihrer *causa* und widerspricht der römischen Anschauung, welche in den Worten Ulpian's deutlich wird: *ex administratione tutelae debitor est pupillo, quomodo si pecuniam creditam a patre ejus accepisset*[6]. Der Satz: *nisi tutela finita sit, tutelae agi non potest*[7], oder wie die Ueberlieferung eigentlich lautete: *traditum est, pupillum cum tutore suo agere tutelae non posse*[8], ist nicht dem juristischen Wesen entnommen, sondern nur das Erzeugniß praktischer Erwägung, wie die Motivirung in der zuletzt genannten Stelle des Ulpian und die Abweichung der *cura furiosi*[9] beweisen. Es ist hiernach klar, daß durch jenen Satz nicht der Quasicontract, sondern nur die Geltendmachung der Obligatio hinausgeschoben ist.

Wenn wir mit diesem Gange der Entwickelung das Eheverhältniß vergleichen, so zeigt dasselbe zwar manche Parallele: die *manus* tritt mehr und mehr in den Hintergrund, die freie Ehe in den Vordergrund, und in dieser nimmt das Güterrecht eine besondere Stelle ein, indem das Dotalrecht zu einem selbständigen System entwickelt wird. Allein die Ehe schrumpft doch auch hier nicht zu einer *obligatio* zusammen, sondern bleibt ein die Person im Ganzen ergreifendes Lebensband und Hausverhältniß, weil eine ächte Ehe eben nicht anders zu denken ist; das Band wird nur laxer und gegenseitig, während es ehedem straff und einseitig war. —

Auch die *tutela mulierum perpetua* muß in alter Zeit in der Praxis ein potestasähnliches Aufsichtsrecht gewesen seyn; zwar schied sich von demselben verhältnißmäßig frühzeitig die Güterverwaltung, welche nun in die Hand der Frau fiel, aus, aber gerade damit hängt auch das allmähliche Abkommen dieser ganzen Tutel zusammen. Der Schwerpunkt der römischen Tutel lag in der Administration; wo diese fehlte, konnte sich das Institut auf die Dauer nicht halten.

---

1) s. § 17. *J. de excus. tutor.* (1, 25). — 2) *fr.* 12. § 3. *de adm. tut.* (26, 7).
3) *fr.* 27. *eod.* Vergl. dazu *Ulp. fr.* 157. *pr. de R. J.*
4) *fr.* 33. *pr. de adm. tut.* (26, 7). — 5) Röm. Privatrecht (2. Aufl.) II. § 44. Anm. 1.
6) *fr.* 9. § 4. *de tut. act.* (27, 3). — 7) *Paul. fr.* 4. *eod.* — 8) *fr.* 9. § 4. *cit.*
9) *fr.* 4. § 3. *eod.*

## II.

## Die *excusatio* und *potioris nominatio*.

Zu § 428 und 429] A. Excusationsgründe. Jemehr an der Vormundschaft die Pflichtseite in den Vordergrund trat, und die Flucht vor gemeinnützigen Opfern zunahm, häufte sich die Zahl der Ablehnungsgründe, deren rechtliche Anerkennung von der öffentlichen Meinung nach und nach erzwungen ward, und was zuerst von der Tutel ausgesprochen wurde, fand bald auch auf die verschiedenen Arten der Cura Ausdehnung. Diese Entwickelung gehört namentlich der Kaiserzeit an. Die Hauptgruppen[1] sind folgende:

1) Amt und Beruf: Bekleidung einer höheren Magistratur und gewisser Priesterämter[2], Verwaltung von Fiscalgütern und von *res Principis, Praefectura annonae* und *vigilum, Primipilatus*[3] befreien. Auch die *Senatores* und die *Veterani* genießen, jene theilweise, diese im Fall ehrenvoller Entlassung, völlige Befreiung[4]. *Absentia reipublicae causa* entschuldigt zeitweilig[5]. Endlich befreit auch der Beruf eines *Grammaticus, Sophista, Rhetor, Medicus*[6], auch der Stand gekrönter Athleten, aber nicht der Beruf eines *Geometra*, Rechtslehrers (*jus civile docens*), *poeta* und *calculator*[7].

2) Lebensalter über 70 Jahre, welches wenigstens von neuer Uebernahme befreit.

3) Gewisse Schwächen, als Blindheit, anhaltende Krankheit, Armuth, *rusticitas*[8].

4) Ueberbürdung: namentlich wenn man bereits drei getrennte Vormundschaften zu führen hat[9], oder ein Libertus das Vermögen seines Patrons senatorischen Rangs verwaltet[10], oder wenn man seinen Wohnsitz in zu großer Entfernung vom Mündelgut hat[11].

5) *Jus liberorum:* Wer in Rom 3, in Italien 4, in der Provinz 5 lebende Kinder hat, soll von allen *munera publica* entbunden seyn[12]: Enkel *ex filio mortuo* werden für Kinder gezählt[13], und im Kriege umgekommene Kinder gelten als lebende[14]. Der Zeitpunkt der Ernennung entscheidet; nachheriger Tod eines Kindes schadet nicht[15].

6) Corporationsprivileg, z. B. der *fabri, pistores, navicularii, mensores frumentarii, inquilini castrorum*[16].

7) Communalprivileg der Einwohner von Ilium[17].

8) Persönliches Verhältniß: ablehnen kann der Ehemann oder Verlobte die Vormundschaft seiner Ehefrau, bez. Braut[18], der Alterstutor die folgende *cura minoris*[19], der Gegner des Mündels in einem Streit über dessen *status* oder *hereditas paterna*[20].

Das Zusammentreffen mehrer einzeln nicht durchschlagender Gründe kann befreien[21]; entschuldigen aber kann sich nicht, wer die Uebernahme

---

1) Vergl. v. Keller Grundriss z. Vorles. üb. Instit. (1854—8) S. 233—237.
2) *fragm. Vat.* § 146. 173. 178. — 3) *fr. Vat.* 136; *fr.* 41. *de excus.* (27, 1).
4) *fr.* 15. § 3. *eod.*; *fr. Vat.* § 140. — 5) *fr. Vat.* § 135. 222.
6) In einer für die einzelnen Städte nach 3 Classen bestimmten Anzahl: *fr.* 6. *eod.*
7) *fr. Vat.* § 149. 150. — 8) *fr. Vat.* § 129. 185. 238. 240. 243.
9) *fr. Vat.* § 125—8. 186. — 10) *fr. Vat.* § 131.
11) *fr. Vat.* § 203. 205; *fr.* 21. § 2; *fr.* 46. § 2. *eod.* — 12) *fr. Vat.* § 191. 247.
13) *fr. Vat.* § 198. — 14) *fr. Vat.* § 197. — 15) *fr.* 2. *eod.*
16) *fr. Vat.* § 124. 138 *etc.* — 17) *fr.* 17. §. 1 *eod.* — 18) *fr. Vat.* § 201.
19) *fr. Vat.* § 200. — 20) *fr.* 27. § 1. *de test. tut.* (26, 2); § 4. *J. de excus. tut.* (1, 25).
21) *fr. Vat.* § 245.

dem Vater des Mündels zugesagt, oder von ihm ein Legat angenommen, oder die Verwaltung bereits übernommen hat[1].

B. Excusationsverfahren. Der Ablehnungs- oder Entbindungsgrund muß in den vorgeschriebenen Formen und Fristen bei der Vormundschaftsbehörde angebracht werden. Wer innerhalb des betreffenden Gerichtssprengels wohnt, hat sich binnen 50 Tagen, von da an gerechnet, wo er die Ernennung (bez. Confirmation) durch Testament oder Magistrat erfahren hat, mit seinem Gesuch zu melden und binnen 4 Monaten das Verfahren abzuschließen[2]. Wer außerhalb des Sprengels ist, hat eine längere Anmeldefrist je nach dem Maaß der Entfernung (20 Meilen auf die Tagereise gerechnet, mit einem allgemeinen Zuschlag von 30 Tagen): *promulgatio Marci*[3]. Im Verwerfungsfalle ist der Vormund von Anfang an verantwortlich. Das Anbringen der Excusation kann mündlich, die Ausführung und Begründung aber muß schriftlich geschehen. Stellvertretung und Appellation sind zulässig.

C. Die *Potioris nominatio*[4], d. h. Namhaftmachung eines Geeigneteren, um die drohende Ernennung von sich selbst abzuwenden, mußte immer schriftlich, etwa so, geschehen: *Cum proxime decreto tutorem me dandum existimaveris L. Titio, quod mihi in notitiam pertulit pridie Kal. Martias, nomino potiorem ut municipem et avunculum suprascripti L. Titii C. Sempronium Vejentanum, morantem Vejis, habentem in substantia plus minus H—S decies. Rogo, Praetor, propter praescriptiones tempora libellos accipere digneris*[5]. Dieses Gesuch mußte binnen ordentlicher Excusationsfrist eingereicht, und darauf die *denunciatio* dem *potior nominatus* alsbald (20 Meilen auf den Weg gerechnet) zugestellt werden, damit dieser mit seinen etwaigen Einwendungen gehört werde[6].

Was so durch Gesetze und in der Praxis zu Gunsten der mit der Vormundschaftsbürde Bedrohten eingeführt ward, um dieselben entweder von der übernommenen Vormundschaft zu entbinden, oder von der deferirten zu befreien, das kam bald auch für die verschiedenen Arten der *cura* in Geltung, so daß das ganze System der Excusation sich endlich auf das ganze Vormundschaftsgebiet gleichmäßig erstreckte.

## XLVII. Kapitel.

### III. Das Rechtsobjekt.

(Zu § 436–449.)

### I.

### Die römische Bodeneintheilung.

Zu § 438] Die Kunst der Bodeneintheilung und Feldmessung scheint bei den Römern sich frühzeitig entwickelt zu haben; sie entsprach dem energischen Idealismus derselben, welcher es liebte, auch der Natur des Grundes und Bodens den Stempel der nationalen Interessen aufzudrücken. Dazu kam der römische Sinn für Präcisirung der unterschiedenen Gebiete und

1) *fr. Vat.* § 153. 154; § 9. *J. eod.*; *fr.* 15. § 1. *eod.*
2) *fr. Vat.* § 156; § 16. *J. eod.*; *fr.* 13. *eod.* — 3) *fr.* 17. § 2. *eod.*
4) war auch bei anderen *munera* (*publica*) zulässig.
5) *fr. Vat.* § 166. 210; s. Keller Grundr. z. Vorles. üb. Inst. S. 240.
6) Vergl. Rudorff Recht d. Vormundsch. II. § 100 ff. und Zimmern Röm. Rechtsgesch. § 242.

scharfe Zeichnung der Umrisse[1]. Man unterschied demgemäß genau zwischen unvermessenen und vermessenen Strecken. Die unvermessenen (*agri, qui nulla mensura continentur*) waren die, welche die alten Landwehren behielten, wie solche in vorrömischer Zeit durch völkerrechtlichen Vertrag oder infolge feindlicher Abwehr gegen fremde Ansiedelungen, und zwar meistens in Anlehnung an die durch Gebirgszüge, Flüsse, Wälder gezogenen Naturgrenzen, entstanden waren; diese Strecken hießen *agri arcifinii s. arcifinales*[2], auch *occupatorii*[3]. Diese arcifinischen Gebiete sind als Einrichtungen des *jus gentium* zu unterscheiden von den rohen Naturgrenzen, welche dem *jus naturale* angehören[4]. Meistens sind dann die alten Landwehren durch „rein künstliche und ausschließliche Vermarkungsurkunden (*termini*) in wachsender Vollkommenheit und Genauigkeit verdrängt worden"; *termini dicti sunt, quod terrae mensuras distinguunt atque declarant; his enim testimonia finium intelliguntur et agrorum intentio et certamen aufertur*[5]. Die vermessenen Strecken hießen *agri divisi et assignati;* die Vermessung geschah namentlich bei Einverleibungen von Gemeinden, zur Schirmung gegen willkürliche Besitzergreifung Seiten der Privaten und bei Ansiedelung von Colonien. Das vermessene Gebiet ward entweder durch *limitatio s. centuriatio* in gleichseitige Vierecke (*centuriae*, ursprünglich für *centum viri*), oder durch *assignatio in strigas et scamna* (d. h. längliche Vierecke, welche eigentlich halbirte *centuriae* darstellten) abgetheilt: bei jenen heißen die Linien *limites*, bei diesen *rigores;* der durch die *rigores* umschriebene Streifen ist eine halbirte, zerstückelte Centurie: „Centuriation und Strigation verhalten sich also wie Stiftung und Zerstörung einer Gemeinde, der *centuriatus ager* ist der freie römische, der *strigatus* und *scamnatus* der unfreie Provinzialboden"[6].

Die Bezeichnungen: *fundus, locus* und *finis* verhalten sich zu den verschiedenen Vermessungs- und Abtheilungsweisen gleichgültig. *Fundus* ist ein Grundstück, welches eine wirthschaftliche Einheit zu bilden bestimmt ist, rechtlich als Objekt, Sache für sich gilt; er macht möglicherweise nur einen Theil einer Centurie, Striga oder eines Scamnum aus oder umfaßt auch einen Complex mehrerer solcher oder enthält bloß ein arcifinisches Gebiet. Die Marklinie zwischen mehreren *fundi* ist der *finis*, ein schmaler Strich von 6, meist 5 Fuß, zu welchem jeder Angrenzende, mochte das Land vermessen seyn oder nicht, die Hälfte der Breite dergestalt hergeben mußte, daß der Nachbar seinen *fundus* bis zur Mitte des *finis* bepflügen konnte; er bleibt im Privateigenthum, und erscheint nur als mit einer Legallast des Pflugwegs (*actus*) und der Anwende (*circumactus aratri*) belegt[7]. *Locus* bezeichnet

1) Vergl. dazu Rudorff die Schriften d. röm. Feldmesser II. S. 236. 277. „Der Keim rechtlicher Ordnung in der Beherrschung des Grundes und Bodens, der Anfang aller Gemeinde- und Staatenbildung unter den jungen noch wilden Völkern des vorrömischen Italiens war der Grenzfrieden. Er ist als ein religiöses Band (*religio*) zu denken, welches die uranfängliche rohe Gewalt zum Stehen bringt". Den Nomadenvölkern gilt das einzelne Stück Land noch nichts, es existirt als Individuelles für sie noch gar nicht. Ackervermessung ist Ansiedelungskunst und Bodenindividualisirung. Vergl. Roscher System d. Volkswirthsch. II. § 7.

2) *ab arcendis hostibus*, wie man sagte; es waren ursprünglich die Grenzstriche des Landes. *Frontin. p. 5. Arcentur fines eorum objectu fluminum, montium, arborum.*

3) doch kommt letztere Bezeichnung auch von den Possessionen vor, welche vom Staate den Privaten zur Occupation überlassen worden sind.

4) *natura loci: fr. 2. pr. de aquae pluv. arc.* (39, 3).

5) *Gromatici Veteres ed. Lachmann* (*Berol.* 1848) S. 366.

6) Das antike Limitationssystem ist zuerst durch Niebuhr (im 1. Bde s. röm. Gesch.) aufgeklärt worden (dann Bd. II. S. 146 ff. S. 694 ff. und kl. Schriften II. S. 81 ff.). Ferner: Rudorff gromat. Institutionen (im 8. Bde der Agrimensoren) S. 229—464. Abeken Mittelitalien S. 202 ff. Schwegler Röm. Gesch. II. S. 439—441. H. Nissen d. Templum (1869) S. 9—22.

7) *Gromatici ed. Lachmann*, *p.* 126. 144. 269; *Cic. de leg.* (1, 21).

im Unterschied vom *fundus* ein einzelnes Stück desselben oder überhaupt einen nicht individualisirten Platz; durch *aedificium* wird der *locus* zum *fundus*[1]. *Locus* ist irgend welche Stelle des Grundes und Bodens, welche mit Rücksicht auf ein einzelnes Moment einmal in besonderen Betracht kommt; so sagt Ulpian: *ad mortuum pertinet locus*[2]. *Jura in re aliena* dagegen beziehen sich auf *fundi;* nur solche, und zwar immer der *fundus* im Ganzen, sind Objekt dabei; daher kann sich auch das *interdictum de loco publico fruendo* nicht auf *fundi vectigales* bezogen haben[3].

## II.

## Gesammtsachen. Herde.

Zu § 439] Es gibt in der Sachenwelt viele Stücke, welche durch ihre natürliche Beschaffenheit als einzelne Sachen erscheinen (*corpora unita*); aber über diese Erscheinungen hinaus herrscht die menschliche Freiheit. Mit der einfachen Logik gelangt man hier nicht zu festen Resultaten; vielmehr ist die Sitte der Zeit, des Volkes, der Gegend zu fragen, ob Etwas als selbständige Sache oder als Theil einer Sache anzusehen sei. Dies gilt von den künstlichen Sacheinheiten (*corpora connexa*), welche durch willkürliche Zusammensetzung, von den Quantitätssachen, welche durch willkürliche Zusammenfassung, und von den Grundstücken (*fundi, praedia*), welche durch willkürliche Parzellirung entstehen.

Auch die Herde bildet sich unter dem Einflusse menschlicher Willkür. Sie wird hierdurch zu einer wirthschaftlichen Einheit; aber nicht bloß dies, sondern sie wird auch zur vitalen Einheit, zu einem genetischen Ganzen. Vom Herdenvieh (*pecudes, quae gregatim habentur*)[4] ist es bekannt, daß die einzelnen Stücke, die zur Herde gewöhnt sind, durch ihren Trieb von selbst zusammenhalten, so fest wie zu einem Bau aneinander gefügte Steine, die vielleicht nur durch ihre Schwerkraft zusammenhalten — und daß die Herde sich durch Paarung der einzelnen Stücke in natürlicher Selbstentwickelung aus sich ergänzt und fortpflanzt, so sicher wie eine Pflanze durch Ansetzung neuer Zellen sich in organischem Wachsthum um- und fortbildet. Erkennt nun der Rechtssinn die mechanische Cohärenz und die vegetabilische Einheit an, warum nicht auch die durch den animalischen Trieb begründete und gesicherte? Der Instinkt hält wie mit Klammern die Stücke zusammen und macht die Herde zu einem lebendigen Ganzen. Offenbar hat dieser Gedanke den röm. Juristen vorgeschwebt, denn Pomponius sagt: *ea natura gregis est, ut adjectionibus corporum maneat*[5], und Julian soll gesagt haben: *esse gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus*[6]. Bei dem Bienenschwarm ist sogar in der Königin, bei der Rinderherde in dem Bullen ein Oberhaupt und in diesem die Einheit gewissermaaßen sichtbar. Das Recht kann an diesen Thatsachen nicht gleichgültig vorübergehen, und der Verkehr hat ein Interesse, daß die thatsächliche Einheit rechtlich anerkannt wird.

---

1) *Florent. fr.* 211. *de V. S.;* genauer *Ulp. fr.* 60. *eod.* — 2) *fr.* 4. *de relig.* (11, 7).

3) Vergl. Rudorff über Behandlung und Benennung der Ländereien bei den Römern (s. Böcking Pand.-Inst. I. Anhang VIII. S. 34–48) und Puchta Curs. d. Instit. II. § 223 a. E.

4) Kleinvieh: *grex;* Rinderheerde: *armentum;* Gestüt: *equitium.* Aehnlich *examen apium* (*fr.* 5. § 4. *de dom.* 41, 1). *cf. Ulp. fr.* 70. *de usufr.* (7, 1).

5) *fr.* 30. § 2. *de usurp.* (41, 3). Pomponius scheint hier tonangebende Autorität gewesen zu seyn; vergl. *fr.* 1. § 3. *de rei v.* (6, 1); *fr.* 69. *de usufr.* (7, 1); *fr.* 31. *qu. m. usufr.* (7, 4).

6) § 18. *J. de legat.* (2, 20).

In der That hat das röm. Recht diesem Interesse Rechnung getragen, wenn es auch nicht mit starrer Consequenz den Gedanken in allen Richtungen ausgebeutet hat. Namentlich an Einem Punkte wird die Consequenz vermieden: bei der Usucapion. Aber die betreffende Stelle des Pomponius[1] kann um so weniger gegen die Auffassung der Herde als Sacheinheit angeführt werden, als ja die Usucapion überhaupt kein Institut einfacher Logik ist, sondern sich aus Billigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen zusammensetzt. Bei der Herde liegt die Erwägung nahe, daß es unzulässig sei, Besitz und Usucapion auf das Ganze, statt auf die einzelnen Stücke zu beziehen, da hier die Trennbarkeit ohne irgendwelche Schwierigkeit in jedem Augenblicke gegeben ist, und folglich kein Grund vorliegt, die rücksichtlich einzelner Stücke bestehenden Besitzverhältnisse preiszugeben. Uebrigens nehmen die röm. Juristen selbst bei *corpora connexa* eine gewisse sachliche Selbständigkeit der Theile in Ansehung der Usucapion an[2]; um so weniger dürfen wir hieraus ein Argument gegen die (im Uebrigen festgehaltene) Idee der Sacheinheit annehmen.

Man hat die Auffassung der Herde als Gesammtsache mannichfach bestritten[3], und u. A. behauptet[4], die Vielheit sei nur im Interesse der Vindicationsvereinfachung zu processualen Zwecken wie eine Einheit behandelt, als solche fingirt worden. Allein Gaius führt uns eine auch für die *in jure cessio*[5] wichtige Nutzanwendung des Gesammtsachenbegriffs an: *si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in jus afferri vel adduci, veluti si columna aut grex alicujus pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur, deinde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat vindicatio; itaque ex grege vel una ovis aut capra in jus adducebatur, vel etiam pilus* . . .[6] Hier wird *grex* eine *res* genannt, ein einzelnes Schaf, ja ein Haar als *pars aliqua gregis* bezeichnet, und dieser Fall mit dem zusammengestellt, wenn *ex nave aliqua pars defringebatur.*

Dieser Auffassung entspricht auch die sonstige Terminologie der röm. Juristen. Sie nennen die Herde ein *corpus* (*quod ex distantibus corporibus est*)[7], eine *universitas*[8], und wenn sie die Herdenthiere als *uni nomini subjecta capita* bezeichnen[9], so wird das Niemand gering anschlagen, welcher weiß, daß die Juristen *nomen* als Ausdruck und Zeichen einer reellen Einheit verstehen[10].

Consequenzen dieser Auffassung sind: 1) Der Nachwuchs der Herde fällt unter den Theilbegriff, d. h. er gilt als *incrementum gregis,* ganz analog dem Falle, wenn *alluvione ager auctus est.* Wie ein Acker schlechthin mit solcher Vermehrung dem Legatar anfällt, so auch der Nachwuchs dem *legatarius gregis,* und zwar nicht bloß der nach Beginn der *mora* des Erben zur Welt gekommene[11], sondern jeglicher Nachwuchs vom Tode des Erblassers an[12].

---

1) *fr.* 30. § 2. *cit.* — 2) *fr.* 30. § 1. *de usurp.*

3) Vergl. u. A. Pagenstecher Lehre v. Eigenth. III. S. 71 ff. Baron die Gesammtrechtsverhältn. i. R. R. S. 33 ff. 46 ff. 60. Bechmann Z. Lehre v. Eigenthumserwerb durch Access. (1867) S. 65 ff. Exner d. Lehre v. Rechtserwerb durch Tradit. (1867) S. 216 ff. Göppert Ueb. einheitl., zusammenges. und Gesammtsachen (1871) S. 100 ff. Unger Jahrbb. f. d. Dogmatik XII (1873) S. 273 ff.

4) besonders ausgeführt von Dernburg Pfandr. I. § 59. Dazu Brinz Lehrb. d. Pand. (*ed.* 2) I. § 168. — 5) *Gai.* 2, 24. Ich vermuthe hier gerade die Wurzel der ganzen Theorie.

6) *Gai.* 4, 17. — 7) *Paul. fr.* 23. § 5. *de rei vind.* (6, 1).

8) *Ulp. fr.* 70. § 3. *de usufr.* (7, 1). — 9) *Pomp. fr.* 30. *pr. de usurp.* (41, 3).

10) *Nominis appellatione rem significari, Proculus ait. Paul. fr.* 4. *de V. S.* Vergl. Cursus § 408. Anm. 3. — 11) Vergl. dazu *c.* 1. 4. *de usur. et fruct.* (6, 47).

12) *Saepe legatum plenius restituitur, quam esset relictum, veluti si alluvione ager auctus esset: Pomp. fr* 16. *de legat. III. Equis per fideicommissum legatis post moram heredis foetus quoque deben-*

2) Diejenigen Stücke, welche nachträglich vom Testator zur Ergänzung der legirten Herde in dieselbe eingestellt worden, sind Theile derselben geworden, und kommen daher dem Legatar zu[1]. So kann die dem Legatar zukommende Herde aus lauter anderen Stücken bestehen, als zur Zeit der Testamentserrichtung waren.

3) Bei Beurtheilung der *vindicatio gregis* wird, wenn sich in der Herde einige fremde Stücke befinden, doch nicht *pluris petitio* angenommen, sondern *detracto alieno* in die Restitution der Herde verurtheilt[2].

4) Auch steht es der *vindicatio gregis* nicht entgegen, wenn die zur Ergänzung eingestellten Stücke von einem *bonae fidei possessor* erworben sind, bez. wenn nur noch solche Stücke den Rest der Herde bilden[3], denn *gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint; grex enim, non singula corpora vindicabuntur*[4]. Hier erlangt der Vindicant den Besitz der redlich erworbenen Stücke zurück auf Grund des die Herde im Ganzen umspannenden Eigenthumsbeweises[5], und die Vindication schützt ihn, so lange nicht fremdes Eigenthum der einzelnen Stücke geltend gemacht wird; bis dahin vertritt gewissermaaßen die Vindication die Publicianische Klage.

5) Im Falle eines *ususfructus gregis* streitet der Gesichtspunkt des Theils mit dem der Frucht. a) Zwar so lange die Herde complet ist, zieht der Usufructuar den ganzen Nachwuchs als Früchte; sobald aber die Herde schmilzt, müssen die gestorbenen oder abgängigen Stücke (*capita defuncta vel inutilia*) aus dem ferneren Nachwuchs ersetzt werden. b) Der Usufructuar hat diese Supplirung durch Bezeichnung und Absonderung der Stücke vorzunehmen und trägt bis dahin die Gefahr; auch schwebt bis dahin das Eigenthum; der Absonderungsakt entscheidet, welche Stücke Eigenthum des Proprietars und welche Eigenthum des Usufructuars sind[6]. c) Die *summissio* (Einstellung in die Herde) macht sofort den Herdeneigenthümer zum Eigenthümer der *capita substituta: statim domini fiunt*[7] — ohne daß es einer Uebergabe bedarf und *constitutum possessorium* angenommen werden kann[8] — denn die *capita substituta* werden *pars gregis*. d) Auch geht das Eigenthum der verstorbenen und abgängigen Stücke sofort, nachdem die Herde ergänzt ist, auf den Usufructuar über[9], obschon sonst der *usufructuarius pecoris* kein Recht am Fleische des verstorbenen Stückes hat[10].

Ein *ususfructus gregis* ist nicht ein *ususfructus* an den einzelnen Stücken, daher er aufhört, sobald die Herde auf wenige Stücke reducirt ist und sich nicht mehr durch Nachwuchs completiren kann[11].

7) Auch für das *pignus gregis* ist maaßgebend, daß der Nachwuchs als Theil der Herde gilt[12]; das Pfand bleibt an der Herde, auch wenn diese ihren Bestand allmählich ganz wechseln sollte[13].

---

*tur; equitio autem legato, etiamsi mora non intercedat, incremento gregis foetus accedunt: Mod. fr.* 39. *de usur.* (22, 1). Dass das *legatum gregis* als *unum legatum* gilt (wie auch *legatum supellectilis, instrumenti*), beruht auf Interpretation letzter Willen: *fr.* 2. 6. *de legat. II.*

1) *eundem gregem videri: Pomp. fr.* 22. *de legat. I.*

2) *fr.* 2. *de rei vind.* (6, 1). — 3) *fr.* 3. *eod.* — 4) *fr.* 1. § 3. *eod.*

5) d. h. des Beweises, dass die Herde in seinem Eigenthum war, und die neuen Stücke zur Ergänzung in sie eingestellt wurden.

6) *fr.* 70. § 1. 2. 4. 5. *de usufr.* (7, 1). — 7) *fr.* 69. *eod.*

8) weil das Wissen und Wollen des Proprietars dabei gleichgültig ist.

9) *fr.* 69. *cit.: ex natura fructus ejus* (des Proprietars) *desinunt esse.*

10) *fr.* 30. *qu. m. ususfr.* (7, 4).

11) *fr.* 31. *eod.* Anders wenn eine Herde ins Eigenthum legirt ist, denn hier bleibt der Eigenthümer der Herde auch Eigenthümer des allerletzten Restes: *fr.* 22. *de legat I.* — Wie wenige Stücke aber sind doch noch als Herde anzusehen? Vergl. *fr.* 3. *de abigeis* (47, 14)*: decem oves, porcos etiam quinque vel quatuor.* (?!).

12) analog dem *fundus alluvione major factus: fr.* 16. *pr. de pignor.* (20, 1).

13) *fr.* 13. *pr. eod.* Was wirthschaftlich von der Herde ausscheidet, wird pfandfrei, was wirthschaft-

Was von mir hier als Consequenzen des Grundgedankens hingestellt ist, läßt sich nicht wohl auf einem anderen Wege genügend erklären, erschöpft aber die praktische Tragweite der Frage noch nicht. Insbesondere möchte ich darauf aufmerksam machen, daß (die Herde als Einheit gedacht) bei einer Veräußerung es darauf nicht ankommen kann, ob der Veräußerer und der Erwerber an jedes einzelne Stück denken und jedes kennen: genug, wenn der Wille auf die Herde im Ganzen gerichtet ist. Der Veräußerer eines Grundstücks braucht auch nicht jeden Baum zu kennen und mit Bewußtseyn in die Veräußerung einzuschließen; wie er den Baum, den er von der Veräußerung ausschließen will, rechtzeitig davon ausnehmen und absondern muß, so muß auch der Veräußerer der Herde die auszunehmenden Stücke rechtzeitig ausnehmen und absondern. Und das läuft nicht auf eine bloße Willenspräsumtion oder Interpretationsfrage hinaus: als mitveräußert gilt nicht bloß, was er vermuthlich veräußern wollte, sondern Alles, was er nicht ausdrücklich ausgenommen hat, weil es eben so lange *pars gregis* ist. Das Verhältniß gleicht mithin dem der Pertinenz, welche eine *quasi pars rei* ist und nicht auf bloßer Willenspräsumtion, sondern Rechtsconsequenz beruht.

## III.

## Pertinenzen[1].

Zu § 440] Die Stücke einer Herde stehen im Verhältniß der Coordination, es kann aber der Begriff der Sacheinheit auch auf sachliche Subordinationsverhältnisse erstreckt werden, denn gewissen Sachen von hervorragender Bedeutung wird eine Attractionskraft beigelegt, vermöge deren andere Sachen sich ihnen so nahe anschließen, daß sie, ohne zu eigentlichen Theilen (*partes*) derselben zu werden, doch rechtlich zu ihnen gehören. Wir nennen sie Zubehör, Hülfssachen, Pertinenzen. In den Quellen kommen vorzugsweise Pertinenzen von Grundstücken vor, unter Bezeichnungen, wie: *cedunt aedibus, sequuntur aedes* oder *propter aedes habentur.* Man hat sogar behauptet, daß nur Grundstücke Pertinenzen haben können[2]: indeß stehen den Grundstücken jedenfalls Schiffe und Schiffsmühlen gleich, und warum sollte nicht die auf den Leib eines Sklaven gefertigte Kleidung als dessen Pertinenz gegolten haben? Ist doch der menschliche Körper von so eminenter Prävalenz, daß er noch als Leichnam den Platz an sich zieht und gleichsam zu seiner Pertinenz macht, nach dem Ausspruche Ulpian's: *naturaliter videtur ad mortuum pertinere locus*[3]. Beispiele der Pertinenz einer Mobilie ist das *fulcrum* als Pertinenz (*quod omnimodo legatum sequitur*) des *lectum*[4], der Schlüssel zur Commode, die Console zur Uhr, das Postament zur Statue, das Futteral zum Opernglas.

Pertinenz ist eine Sache, welche zu einer anderen Sache so steht, daß sie nicht in ihr, aber im Dienste für sie aufgeht, m. a. W. welche nicht zur Vollständigkeit ihres Bestandes, aber zum regelmäßigen und geordneten Gebrauch derselben gehört. Dies drücken die Quellen in doppelter Weise aus: die Pertinenz wird als *quasi pars* (*aedificii*) bezeichnet oder

---

licher Bestandtheil der Herde wird, tritt in den Pfandnexus ein. Uebertragen ist übrigens diese Behandlung von Scaevola auf das *pignus tabernae: fr.* 34. *eod.*

1) *Pertinentia* (die Pertinenz) ist ein im Mittelalter gebildetes Wort.

2) so Böcking Pand.-Instit. I. § 81 s. A. u. Andere.

3) *fr.* 4. *de relig.* (11, 7). — 4) *fr.* 52. § 9. *de legat. III.*

durch die Wendung *est aedificii* gegeben. Die Pertinenz ist nicht Theil, aber Anhang in einem besonderen Sinne. Man könnte es eine organische Beziehung nennen, in welche die Nebensache hier zur Hauptsache kommt; das beide umschließende Band ist ein objektives, nicht bloß in der Vorstellung dieses oder jenes Menschen schwebendes, sondern eine durch sich selbst fortbestehende und in rechtlichen Momenten sich auswirkende Realität. Der Disponent greift ein in den natürlichen Bestand der Sachenwelt und constituirt ein Verhältniß mit gewissen Rechtswirkungen für Alle. Darin unterscheidet sich die Pertinenz von der bloßen Zugabe; dieser liegt nur ein subjektiver vorübergehender, d. h. in der einzelnen Wirkung sich erschöpfender Wille zu Grunde; z. B. ich vermache dem Titius meinen Papagei; habe ich ihm auch den Vogelbauer mit vermacht? unter Umständen: ja [1]; das ist Sache der Interpretation letzter Willen, daher wo der Wille der Zuwendung fehlt, die Zugabe wegfällt, z. B. wenn der Testator irrthümlich angenommen hat, der Vogelbauer sei vernichtet worden; er würde ihn mit vermacht haben, aber er hat ihn nicht mit vermacht.

Die rechtliche Bedeutung des Pertinenzverhältnisses liegt darin, daß der Disponent, indem er über die Hauptsache verfügt, zugleich über die Pertinenz verfügt, gleichgültig, ob er das gewollt hat oder nicht. Besteht das Pertinenzverhältniß noch im Augenblick der Verfügung über die Hauptsache, so erstreckt sich die Verfügung mit rechtlicher Nothwendigkeit auf die Pertinenz, so gut, wie die Verfügung über ein Ganzes alle Theile desselben ergreift. Der Verfügende hätte das Pertinenzverhältniß vorher aufheben müssen; ist das nicht geschehen, so ist mit der Hauptsache auch die Pertinenz veräußert, bez. belastet, und ein bloßer Vorbehalt, welcher etwa mit der Verfügung über die Hauptsache verbunden würde, könnte dem Verfügenden höchstens eine persönliche Klage auf Wiederaufhebung des Pertinenzverhältnisses und Zurück- oder Freigabe der Pertinenz begründen. Demgemäß theilt die Pertinenz das rechtliche Schicksal der Hauptsache, nicht bloß 1) wenn der Disponent dies gewollt und erklärt hat, und 2) wenn er es gewollt, aber nicht erklärt hat (Präsumtion!), sondern auch 3) wenn er gar nicht daran gedacht (und folglich auch nicht den positiven Willen gehabt) hat, und 4) selbst wenn er das Gegentheil gewollt hat, ohne das (rechtzeitig) zu erklären, bez. die zur Aufhebung des Pertinenzverhältnisses erforderliche Veranstaltung rechtzeitig getroffen zu haben.

Namentlich bei Veräußerungen und Verpfändungen von Grundstücken wird die Pertinenzfrage wichtig. Was Pertinenz des Grundstücks ist, ist von selbst in die Veräußerung oder Verpfändung mit eingeschlossen; es bedarf rücksichtlich ihrer nicht noch eines besonderen Veräußerungs- und Verpfändungsaktes; die für den Akt rücksichtlich der Hauptsache vorgeschriebenen Erfordernisse gelten mit für die Pertinenz; ein rücksichtlich der Pertinenz vorgenommener besonderer Veräußerungs- oder Verpfändungsakt ist als solcher bedeutungslos und ohne Wirkung; er müßte denn als Aufhebung des Pertinenzverhältnisses zu verstehen und zu hehandeln seyn. Auch im Concurs tritt die Wichtigkeit der Pertinenzfrage hervor: der Erlös aus der Pertinenz gehört zur Specialmasse des Grundstücks.

Nur wer Eigenthümer der Haupt- und Nebensache ist, kann das Pertinenzverhältniß hervorrufen, wie denn auch nur der Eigenthümer es aufheben

1) Beispiele in *fr.* 66. *de legat. III.* und *fr.* 3. § 1. *de trit. legat.* (33, 6).

kann. Sein Entschluß ist maaßgebend. Bringt Jemand zu seiner Sache eine fremde Sache unter Einwilligung des Eigenthümers derselben in Pertinenzverhältniß, so bringt er sie damit zugleich in sein Eigenthum, und bringt er seine Sache zu einer fremden Sache unter Einwilligung des Eigenthümers derselben in das Verhältniß einer Pertinenz, so verliert er an dieser Sache in diesem Augenblick das Eigenthum an den Eigenthümer der Hauptsache.

Der Wille des Eigenthümers ist maaßgebend, aber nicht genügend, auch der erklärte Wille genügt nicht ohne Weiteres, vielmehr muß der Wille sich in einer Veranstaltung verkörpern, in welcher das Verhältniß dauernder sachlicher Abhängigkeit zu Tage tritt und gewissermaaßen objektiv wird. Diese Veranstaltung wird meistens in einer irgendwie festen räumlichen Verbindung der Nebensache mit der Hauptsache bestehen. — Ebenso wird die Aufhebung des Pertinenzverhältnisses nicht ohne eine als Conträrakt sich darstellende Veranstaltung bewerkstelligt.

Uebrigens beruht die Schaffung des Pertinenzverhältnisses nicht auf reiner Willkür. Niemand kann einen Vogelbauer zur Pertinenz eines Hauses, einen Sattel zur Pertinenz eines Pferdes, ein Fernrohr zur Pertinenz einer Villa, einen Kettenhund zur Pertinenz eines Stallgebäudes oder Gartens machen. Vielmehr müssen Hauptsache und Nebensache der Art seyn, daß die eine als regelmäßiger und dauernder Anhang der anderen nach der Anschauung der Zeit oder der Sitte der Gegend gilt. Der *mos regionis*, nicht der *mos patrisfamilias*, ist entscheidend. Der Wille des Eigenthümers schafft das Pertinenzverhältniß nur, wenn er auf dem Boden der Verkehrssitte steht.

## IV.

### Zinsen und Impensen.

Zu § 440] A. In den Quellen werden sehr häufig mit den *fructus* die *usurae* zusammengestellt, z. B. bei Gai. 2, 280, und mit den *usurae* stehen in Betreff des hier zutreffenden Gesichtspunktes die *reditus et pensiones*, welche als Aequivalent für den überlassenen Gebrauch nicht vertretbarer Sachen zu leisten sind, z. B. *merces*, *vectura*, auf Einer Linie. Ulpian sagt: *mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum; operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones; item vecturae navium et jumentorum*[1]; *usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari*[2]; *praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur*[3]. Hieraus haben die Neueren den Begriff der *fructus civiles* gebildet, welchen sie den *fructus naturales* und *industriales* zur Seite stellen, und man bezeichnet dieselben als *accessio sortis*. Doch wird in den Quellen richtig der Unterschied hervorgehoben, welcher zwischen natürlichen Erzeugnissen einer *res frugifera* und künstlichen Erträgnissen anderer werthvoller Stücke besteht: *si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area, quae locari solent; etsi maxime vectura, sicut usura, non natura pervenit, sed jure percipitur*[4]; *usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione*[5].

Das Gebrauchsäquivalent an Zinsen und sonstigen Einkünften kann aus

1) *fr.* 29. *de her. pet.* (5, 3). — 2) *fr.* 34. *de usur.* (22, 1). — 3) *fr.* 36. *eod.*
4) *Pap.* in *fr.* 62. *de rei vind.* (6, 1). — 5) *Pomp.* in *fr.* 121. *de V. S.*

verschiedenen Rechtsgründen zu leisten seyn, entweder wegen rechtsgeschäftlicher Ueberlassung der Hauptsache und Verabredung des Aequivalents, oder wegen ungerechtfertigter Vorenthaltung der Hauptsache, weil dem Besitzberechtigten dadurch der Nutzen derselben zeitweise entgangen ist. Ersternfalls beruht der Anspruch auf das Aequivalent, das fast immer in Geld besteht, auf einer besonderen *obligatio* (aus Stipulation oder Nebenvertrag), andernfalls bildet er bloß eine Erweiterung der an sich begründeten *obligatio* und des demgemäß im Proceß formulirten Petitum. Dieser doppelte Rechtsgrund kommt namentlich bei den Zinsen oft in Frage, und man unterscheidet danach Conventional- und Judicialzinsen: *usurae, quae in obligatione sunt vel ex obligatione proficiscuntur* und *quae in officio judicis sunt vel ex officio judicis applicantur*[1].

B. Es ergibt sich aus dem Gesagten, daß Zinsen und Erträgnisse selbständige Sachen sind, die nur durch besonderen Rechtsgrund, d. h. durch ein bestimmtes Rechtsverhältniß zwischen zwei Personen, in rechtlichen Bezug zu einer anderen Sache treten. Was als zu dieser Sache gehörig betrachtet wird und folglich, wenn es sich um Restitution handelt, neben der Hauptsache in Anschlag zu bringen ist, wird mit dem Ausdruck *causa rei s. omnis causa* (*res cum omni causa*) bezeichnet. Außer den Früchten, Zinsen und sonstigen Erträgnissen oder Einkünften kann bei dieser Gelegenheit auch der Aufwand in Betracht zu ziehen seyn, welcher etwa von dem Restitutionspflichtigen zum Besten des Restitutionsobjektes gemacht worden ist; man hat solche Unkosten „negative Früchte" genannt und unterscheidet: 1) Verwendungen (*impensae*) d. h. Ausgaben zur Erhaltung und Verbesserung, und 2) Auslagen (*expensae*), d. h. Ausgaben, welche nicht in die Sache selbst hineingewendet, sondern nur in mittelbarem Bezug zu ihr gemacht werden, z. B. Staatsabgaben, Assecuranzprämien. — Ulpian (6, 14—17) handelt von den Impensen bei Gelegenheit der *dos*, und auf denselben Zusammenhang weist der *Tit. Dig. de impensis in res dotales factis* (*25, 1*) hin: die Impensen spielen in der That hier eine hervorragende Rolle, aber sie kommen auch in anderem Zusammenhange vor[2].

Die Quellen unterscheiden *impensae necessariae, utiles* und *voluntariae* (*s. voluptuosae*)[3].

## V.

### *Res extra patrimonium commerciumque.*

Zu § 441. 442] Bei Gaius (2, 2; 2, 10) erscheint als die oberste Eintheilung der Sachen die *in res divini et humani juris*, und als die Haupteintheilung der letzteren die *in res publicae et privatae*. Eine andere Eintheilung, welche bei Gaius (2, 1) nur beiläufig angedeutet ist, findet sich in Justinian's Institutionen[4] vorangestellt: *res, quae vel in nostro patrimonio sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur;* in die letztere Classe werden nicht bloß die Sachen gerechnet, welche ihrer natürlichen Art nach nicht und nie in Jemandes Privatvermögen befindlich sein können (die *res communes omnium*), sondern alle, welche aus irgend welchen Gründen (der Religion,

1) *Pap.* in *fr.* 58. *pr. ad Sct. Treb.* (36, 1); *Paul.* in *fr.* 54. *pr. locati* (19, 2).
2) Vergl. Schilling Instit. II. § 67.
3) *Ulp. l. c.* und in *fr.* 1. 5. 14. *de impens.* (25, 1); *Paul.* in *fr.* 79. *de V. S.*
4) *pr. J. de rer. div.* (2, 1).

des öffentlichen Rechts) eben jetzt vom Gebiete der Privatrechtsobjekte ausgeschlossen sind: die dermalige rechtliche Qualität dieser Sachen verhindert, daß mit Bewußtseyn über sie Privatrechtsgeschäfte gültig abgeschlossen werden, und daher heißt es von ihnen: *commercium eorum non est*[1].

Unter diesen sind es namentlich die *res divini juris*, zuweilen auch die *res universitatum*, welche als *res nullius* bezeichnet werden[2]; doch sind sonst unter dieser Bezeichnung meist solche Sachen gemeint, welche aus zufälligen Gründen gerade dermalen in Niemandes Eigenthum befindlich, aber an und für sich geeignet sind, jeden Augenblick — durch Occupation seiten Jemandes — thatsächlich zum Rechtsobjekt zu werden, gleichviel ob sie überhaupt nie bis dahin in Jemandes Eigenthum waren (*res nullius, s. adespotae* im neueren und engeren Sinne), oder ihre Objektsqualität infolge Dereliction wieder verloren haben (*res derelictae*).

## XLVIII. Kapitel.

### IV. Erwerb und Verlust der Rechte.

(Zu § 450—467.)

### I.

### Fictionen und Präsumtionen.

Zu § 450] Die Aufgabe des Rechts ist, eine Ordnung des Lebens zu seyn; das Leben aber besteht aus wirklichen Thatsachen, und daher hat es das Recht eigentlich nur mit thatsächlichen Vorgängen, Zuständen und Verhältnissen zu thun. Indeß vermag das Recht, da es immer die Tendenz hat, sich in und aus sich selbst zu einem System zu gestalten, nicht überall und jederzeit, das Thatsächliche ganz zu erreichen. Es tritt dann eine Art Nothstand des Rechts ein, welchem mit Nothbehelfen zu Hülfe zu kommen ein Bedürfniß wird. Solche juristische Nothbehelfe sind die Fictionen und Präsumtionen[3].

1. Fiction ist die rechtliche Annahme einer Thatsache (einer positiven oder negativen) im Widerspruch mit der Wirklichkeit, zu dem Zweck, um gewissen Rechtssätzen, welche vom Standpunkte der *aequitas* oder *utilitas* aus verlangt werden und doch mit den Mitteln des bisher geltenden Rechts nicht zu begründen sind, auf künstlichem Wege eine historische oder dogmatische Grundlage zu schaffen. Historische Fictionen kommen namentlich im prätorischen Edikt zahlreich vor, z. B. zur Begründung der *Publiciana in rem actio*, einer der civilen *rei vindicatio* nachgebildeten Klage, welche, gewissermaaßen auf der ausgesprochenen Fiction vollendeter Ersitzung der Sache beruhend, vom Prätor durch diese Fiction an das geltende Recht der civilrechtlichen Vindication angeknüpft wurde[4]. Die Fiction leistete hier einen doppelten Dienst: sie milderte den Schein der Willkürlichkeit des Prätor, welcher die neue Klage schuf, und sie reihte zugleich die junge Klage ein in ein fertiges System geläufiger Anschauungen und bewährter

---

1) *fr 6. pr. de contr. emt.* (18, 1). — 2) § 7. 10. *J. de rer. div.* (2, 1); *Gai.* 2, 11.

3) Vergl. Demelius die Rechtsfiction in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung (1858); dazu Arndts i. d. krit. Vierteljahrsschrift (Münch.), I. S. 93 ff. Ihering Geist d. R. R. III. § 58. Burckhard die civilistischen Präsumtionen (1866).

4) Vergl. Cursus § 521 und Excurse S. 264. No. 13.

Typen. Rein dogmatische Fictionen sind z. B. die vom *embryo* und *defunctus superstes*[1].

2. Präsumtion ist die rechtliche Annahme einer Thatsache (einer positiven oder negativen) im Zweifelsfall und bis zum Beweise des Gegentheils. Im Leben wird zwar überhaupt meistens mit bloßen Wahrscheinlichkeitsgründen gerechnet, und auch der Richter ist gar oft in der Lage, Etwas für wirklich zu nehmen, was bloß wahrscheinlich ist: allein dabei handelt es sich nicht um einen Rechtssatz, welcher über dem Richter steht, sondern um ein freies Ermessen des Richters, welcher seine Entscheidungsgründe aus der thatsächlichen Situation des einzelnen Falls entnimmt (*quaestio facti*). Eine Rechtspräsumtion aber ist ein objektiver Rechtssatz, welcher anordnet, daß unter gewissen Umständen — ohne Rücksicht auf die weiteren Modalitäten der Situation — eine Thatsache als wirklich angenommen werden soll, so lange nicht voller Beweis des Gegentheils geführt ist. Demgemäß weiß hier der Interessent im Voraus bestimmt, daß diese Präsumtion ihn als Klägern im Proceß der Last der Beweisführung überhebt. Beispiele: die Handlung des Rückgebens des Schuldscheins an den Schuldner seiten des Gläubigers begründet die Rechtsvermuthung, daß der letztere auf seinen Anspruch verzichtet hat[2]; Durchstrichenseyn eines Schuldscheins begründet die Rechtsvermuthung der Liberation[3]. Eine Rechtsvermuthung auf seiner Seite zu haben, ist ein Vortheil, welcher hier und da zum Besten mancher Personen gesetzlich als Privileg aufgestellt wird: es gilt z. B. von einem *pupillus, minor, miles,* oder einer *mulier,* welche die *condictio indebiti* anstellen, im Zweifel, daß die bewirkte Zahlung eine irrthümliche gewesen, während sonst der Kläger hier beweisen muß: *quod per dolum accipientis vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum*[4].

3. Gewissermaaßen in der Mitte zwischen beiden Rechtsfiguren steht die s. g. *praesumtio juris et de jure* (qualificirte Rechtsvermuthung). Man versteht darunter die rechtliche Annahme einer zweifelhaften Thatsache ohne Zulassung eines Gegenbeweises. Beispiele: der in der späteren römischen Praxis ausgebildete Rechtssatz, daß eine Stipulation als wirklich gesprochen gilt, wenn in die *inter praesentes* vollzogene Urkunde die Stipulationsclausel aufgenommen worden ist[5]; der Satz: *pater est, quem nuptiae demonstrant*[6]. Hier liegt keine eigentliche Fiction vor, sofern ja möglicherweise jene Annahme mit der Wirklichkeit übereinstimmt, — und auch keine einfache Präsumtion, weil die Annahme auch gegenüber dem etwaigen Nachweis des Gegentheils aufrecht bleibt; nur die Fälle der Unmöglichkeit bleiben (als Ausnahmen) ausgeschlossen, z. B. wenn die Paciscenten taubstumm waren, die Mutter des Kindes mit ihrem Ehemanne nicht hat concumbiren können.

## II.

## Der römische Kalender[7].

Zu § 454] Das altrömische (s. g. Romulische) Jahr bestand aus 10 Monaten oder 304 Tagen (*Censorin. de die natal. 20*); Numa aber soll die Ver-

1) Vergl. Excurse S. 426. — 2) *Paul. fr.* 2. § 1. *de pact.* (2, 14).
3) *Mod. fr.* 24. *de probat. et praesumt.* (22, 3). — 4) *Paul. fr.* 25. *pr.* § 1. *de prob* (22, 3).
5) *Paul. Sent. rec. V,* 7. § 2. — 6) *Paul. fr.* 5. *de in jure voc.* (2, 4).
7) Vergl. Ideler Handb. d. Chronologie II. S. 117 ff. Schilling Instit. II. § 99. Zusatz. v. Savigny System IV. S. 453—479. Marquardt Röm. Alterth. IV. S. 438—463. Lange Röm. Alterth. I. § 51. Mommsen Röm. Chronologie (*ed.* 2. 1859); im *Corp. inscr. lat. I.* Anhang 2: *p.* 293—412 und in Bekker's Jahrb. III. S. 359 ff.

besserung eingeführt haben, daß nach Mondabschnitten, also das Jahr zu 12 Monaten, oder 354 (später 355) Tagen gerechnet wurde; das Jahr wurde nun, um es mit dem Sonnenjahr in Uebereinstimmung zu bringen, in jeder Periode von 22 Jahren 10 Mal durch Einfügung eines Schaltmonats (abwechselnd von 22 und 23 Tagen) erweitert; auf diesen s. g. *mensis intercalaris* bezieht sich die von Celsus[1] gegebene Mittheilung über Aussprüche des Cato und Mucius Scaevola: der ganze Schaltmonat galt hiernach als einziger dem 23. Februar angehängter Zeitpunkt. In einzelnen Anwendungen blieb das Romulische Jahr auch fortan bestehen. Infolge der von Julius Cäsar unternommenen Kalenderreform ward das Jahr zu 365 Tagen gerechnet (Julianischer Kalender[2]) und die Ausgleichung mit den Naturverhältnissen durch Einfügung eines Schalttags (*dies intercalaris*) in den Februar, nämlich als 24. Februar gesucht; dieser Tag (*posterior dies*) bildete rechtlich eine Einheit mit dem folgenden Tage (25. Februar, s. g. *prior dies*), und beide hießen zusammen *bissextum*, weil es als eine Verdoppelung des 6. Tages vor den Kalenden des März erschien. *Cum bissextum Kalendis est, nihil refert, utrum priore, an posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum Kalendas ejus natalis dies est; nam id biduum pro uno die habetur; sed posterior dies intercalatur, non prior. Ideo quo anno intercalatum non est, sexto Kalendas natus, cum bissextum Kalendis est, priorem diem natalem habet*[3].

## III.

### Die Urkunden im römischen Rechtsverkehr.

Zu § 462] Bereits in den letzten Jahrhunderten der Republik drang das Schriftwesen in den Rechtsverkehr der Römer ein; in der Kaiserzeit gewann es immer weitere Ausdehnung, die Urkunden spielten eine Rolle. Am Liebsten wurden dazu mit Wachs überzogene Holztäfelchen verwendet, welche zweifaltig (s. g. Diptycha) oder dreifaltig (Triptycha) construirt waren[4]. Die Triptychenform scheint die vorherrschende gewesen zu seyn. Ein Triptychon bestand aus drei durch Fäden buchartig verbundenen Täfelchen, deren beide Deckelseiten (d. h. die erste und letzte der sechs Seiten) leer blieben, während die 2. und 3. Seite zur Aufnahme der Originalniederschrift bestimmt und durch Aneinanderfügung des 1. und 2. Täfelchens verschließbar, auf der offenbleibenden 4. und 5. Seite aber Siegel und Namen der Besiegelnden (*signatores*) nebst einer Copie der Urkunde enthalten waren. Bei den Diptychen ist nur die erste Seite leer, und die vierte (d. h. die andere Deckelseite) enthält Siegel, Namen und Copie.

Eine Anzahl solcher antiker Wachstafeln (*tabulae ceratae*) ist theils in Siebenbürgen, theils in Pompeji gefunden worden. Die Siebenbürgischen Tafeln kamen zu verschiedenen Zeiten seit d. J. 1786 zum Vorschein, im Ganzen 38 Stück, die jedoch nur zum geringern Theil vollständig sind[5]; sie sind zwischen den Jahren 131—167 n. Chr. abgefaßt worden und enthalten namentlich Kauf-, Dienst- und Darlehnsverträge. Die Pompejanischen Tafeln wurden erst neuerdings, am 3. und 5. Juli 1875, aufgefunden[6]; im

---

1) in *fr.* 98. *de V. S.* — 2) *Suet. Jul. c.* 40.
3) *Cels.* in *fr.* 98. *cit.* Vergl. *fr.* 3. § 3. *de minor.* (4, 4).
4) Πτύσσειν = falten, πτύξ oder πτυχή = Falte, Blatt, Tafel.
5) s. Bruns *Fontes jur. Rom. p.* 185—192. 224. Mommsen *Corp. inscr. lat. III. P.* 2. *p.* 921—959.
6) Veröffentlicht durch Prof. *Giulio de Petra* im 3. Bande (2. Serie) der *Atti* der Academie *de' Lincei.* Dazu Mommsen Hermes XII. S. 88—141. Bruns Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIII. S. 360 ff. und Karlowa i. Grünhuts Zeitschr. IV. S. 502 ff.

Ganzen 132, von denen aber nur etwa 30 in den Hauptstücken lesbar sind, gegen 50 nur noch die Zeugennamen darbieten, andere ganz zerfallen sind. Sie gehören meist in d. J. 53—62 n. Chr., nur zwei Urkunden sind schon aus d. J. 15 und 27 n. Chr.; es sind Quittungen von Verkäufern, für deren Rechnung von einem gewissen Jucundus Auctionen abgehalten wurden, und Quittungen der Gemeinde Pompeji über Pachtgelder des Jucundus.

Durch diese Fünde wird bestätigt, was schon von Salmasius[1] behauptet, aber dann von Spangenberg[2] u. A. bestritten worden ist: daß die Sitte der Namensunterschrift, wie sie in den Rechtsurkunden unseres heutigen Verkehrs erscheint, den Römern fremd gewesen ist. Neuerdings hat diesen Satz Bruns[3] durch eine gründliche Untersuchung festgestellt und bemerkt, daß erst im byzantinischen Recht sich eine Annäherung an das moderne Princip finde.

Unserer Sitte entspricht es, die Niederschrift einer Willenserklärung mit dieser selbst zu identificiren, d. h. den constituirenden Akt durch Niederschrift zu vollziehen. Die Niederschrift ist dadurch zu einem integrirenden Theil des dispositiven Willens erhoben, dieser Wille kommt erst in und mit der Niederschrift zum Abschluß und verkörpert sich in ihr. Die Niederschrift ist im Mittelalter vielfach an die Stelle einer feierlichen Action anderer Art getreten; viele Rechtsgeschäfte kommen in Gemäßheit des geltenden Rechts überhaupt nur auf dem Wege urkundlicher Erklärung zu Stande. Der entscheidende Abschluß ist dann die Setzung des Namens unter den Text der Willenserklärung, diese wird damit als vollendet, vollzogen markirt; bis zur Unterschrift ist der Text nur Entwurf, die Unterschrift erst macht den Text zum Rechtsgeschäft; die einfache und glatte Namensunterschrift entscheidet und schliesst ab.

Anders in Rom, wo — abgesehen von der *expensilatio* — die Niederschrift oder urkundliche Abfassung nie den eigentlich constitutiven Akt bildete[4]. Eine solche Rolle die Niederschrift spielen zu lassen, lag den Römern gänzlich fern, weil sie von jeher gewohnt waren, im mündlich gesprochenen Wort den Willen verkörpert zu denken; die Urkunde trat dann nur äußerlich hinzu, um das Gedächtniß zu beleben, den Beweis des Vertragsinhalts zu sichern und diesen vor Fälschungen zu bewahren[5]. Die Siegel dienten zum Verschluß der Urkunde und der jedem Siegel beigefügte Name zur Unterscheidung der Siegel; letzterer brauchte daher gar nicht vom Besiegelnden selbst geschrieben zu seyn. Auch der Schuldner pflegte neben den Zeugen und bez. Bürgen sein Siegel beizufügen, gleichfalls nur, um die Fälschung des (in die Hand des Gläubigers übergehenden) Urkundentextes zu erschweren[6]. Die Römer „halten einerseits die Unterschrift des Namens nicht für nöthig, anderseits genügt ihnen der bloße Name nicht. Wenn sie überhaupt eine Unterschrift fordern, so verlangen sie stets eine eigentliche Erklärung, wenn es auch weiter nichts wäre, als z. B. *Ego N. N. subscripsi*, und die Ausdrücke *subscribere* und *subscriptio* bedeuten daher niemals eine bloße Namensunterschrift, sondern stets nur eine mehr oder weniger ausführliche Erklärung, die unter einen anderen Schriftsatz geschrieben ist“ [7]. So bedeutete die Sub-

1) *De modo usurarum* (1639), *c.* 11. — 2) *Juris rom. tabulae negot.* (1822) *p.* 36.
3) Die Unterschriften in den röm. Rechtsurkunden (Abh. d. Akad. d. Wiss. Berlin 1876. S. 41—188).
4) auch nicht bei den Stipulationsurkunden des 3. Jahrh. n. Chr. Vergl. Cursus § 656.
5) Bruns d. Unterschriften S. 46. 53. 129.
6) Sein Siegel den anderen hinzufügen hiess *assignare*, z. B. in *fr.* 20. *de auct. tut.* (26, 8); *fr.* 126. § 2. *de V. O.* (45, 1); *c.* 15. *de adm. tut.* (5, 37).
7) Bruns *l. c.* S. 53.

scription bei den Criminalanklagen (*in crimen subscriptio*) nicht Setzung des Namens unter ein Anklageprotokoll, sondern die auf die *nominis delatio* (d. h. Angabe des Namen des Verbrechers und des Verbrechens) folgende Specialisirung der Thatsachen der Anklage[1].

Weder in den Siebenbürgischen oder Pompejanischen Wachstafeln, noch auch in den in den Digesten angeführten *epistolae* (*inter praesentes emissae*), d. h. Stipulationsurkunden, findet sich eine Andeutung von Namensunterschriften modernen Styls. Wenn bei Contracten des Sklaven der Herr seine Genehmigung in der Urkunde hinzufügte, wird dies allerdings *subscriptio* genannt[2], aber auch hier bedeutete es nicht Vollziehung der Urkunde durch Namensunterschrift, sondern Anfügung einer genehmigenden Erklärung, die natürlich nicht identisch mit der Urkunde selbst war. Dasselbe gilt von Anerkenntniß- und Beitrittserklärungen anderer Art, sowie den *subscriptiones fidejussionis*, welche gleichfalls nicht einfache Namensunterschriften, sondern ausdrückliche Erklärungen des Beitretenden waren[3].

Erst im 3. Jahrh. n. Chr. bereitete sich eine Wandelung der Sitte vor, als die Wachstafeln anfingen dem Papyrus und Pergament Platz zu machen. Damit fiel zugleich der Gebrauch der Doppelurkunden (*scriptura interior* und *exterior*) hinweg; der einfache Text blieb nun unversiegelt, und zu dessen Beglaubigung ward Namensunterschrift des Urhebers und der Zeugen üblich[4]; doch auch jetzt noch ward nicht bloß der Name sondern ein Prädicat hinzugefügt (*subscripsi*, bez. *testis subscripsi*). Diese Urkundenabfassung wird von Zeno als *solita observatio* bezeichnet[5]. Im Justinianischen Recht begegnet uns die *subscriptio* in diesem Sinne häufig[6]. Sie findet sich ebenso in den von Marini edirten Ravennatischen Papyrusurkunden aus dem 5—7. Jahrh.; die älteste derselben schließt mit der *subscriptio*[7]: *Q. Theodosius huic donationi a me dictatae et mihi relectae consensi et subscripsi.* Dieselbe Form der Vollziehung findet sich in den zahlreichen uns bekannten Notariatsurkunden des 5—7. Jahrhunderts[8].

Auch bei den Testamenten war ursprünglich von Namensunterschrift keine Rede; es ward nur Sitte, neben den Siegeln der Zeugen deren Namen anzugeben (*nomen adscribere*)[9]; der Name des Testator stand immer im Eingange der Urkunde. Zuerst ein Gesetz Constantin's d. Gr. scheint eigenhändige Namensunterschrift der Zeugen als Erforderniß aufgestellt zu haben, was von Arcadius und Honorius bestätigt ward[10]; eine Novelle Theodosius' II.[11] forderte auch die *subscriptio* des Testator selbst in dem Sinne, daß die Namensunterschrift nun zur Solennisirung des urkundlichen Aktes gehörte und daher vom Testator in Gegenwart der Zeugen vollzogen werden mußte[12]. —

---

1) Folgende Anwendungen des Wortes *subscriptio* finden sich bei Bruns *l. c.* besprochen: 1) Der Schlussgruss bei Briefen und Erlassen (S. 69); 2) *subscriptio in crimen* (S. 59); 3) *subscr. censoria* (S. 60); 4) Marginalbescheid (S. 84); 5) *subscr. fidejussionis* (S. 116); 6) *subscr. testium* (S. 95. 128. 132); 7) *subscr.* zur Beglaubigung von Protokollen (S. 73). — Nicht erwähnt ist die *subscriptio* bei der *querela inofficiosi:* vergl. v. Bethmann-Hollweg R. Civilpr. II. S. 482; Kuntze Cursus § 355.

2) *fr.* 1. § 4. *quod jussu* (15, 4); *fr.* 8. *de resc. vend.* (18, 4); *fr.* 20. § 1. *de in rem v.* (15, 3).

3) *fr.* 6. § 1. *de edendo* (2, 13); *fr.* 12. *de lib. leg.* (34, 3); *fr.* 68. § 1. *de fidej.* (46, 1).

4) Bruns *l. c.* S. 122. — 5) *a.* 478: *c.* 31. *de donat.* (8, 54).

6) Bruns *l. c.* S. 124. Beispiel: *c.* 17. *de fide instr.* (4, 21).

7) Spangenberg *Tabulae negot. p.* 179. Bruns *l. c.* S. 126.

8) Spangenberg *l. c.* S. 182—212. 278—289.

9) z. B. *Ulp.* in *fr.* 22. § 4. *qui test.* (28, 1).

10) Bruns *l. c.* S. 93 (?). — 11) *Nov.* 16. v. J. 439.

12) *Subscriptiones testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibentur.* § 3. *J. de test. ord.* (2, 10).

Wir erblicken mithin hier eine gleiche Wandelung, wie bei den Vertragsurkunden, im Zusammenhange mit dem Auftreten des Papyrus und Pergaments [1].

---

# Dritter Abschnitt.

# Die Rechtsmittel.

---

## XLIX. Kapitel.

### I. Schutzordnung und Selbsthülfe.

(Zu § 468–470.)

### Recht und Proceß.

A. Daß das einzelne Recht (oder Rechtsverhältniß) und der darüber geführte Rechtsstreit zwei selbständige und neben einander verlaufende Lebenserscheinungen (Organismen) sind, ist eine der entwickelten Reflexion angehörige Vorstellung; dem Stadium naiven Rechtslebens ist sie fremd. Wir sehen allenthalben, daß in den Ursprüngen der Volksrechte noch nicht zwischen Rechtsverkehr und Rechtspflege bewußt unterschieden wird [2]; das Rechtsleben hilft sich durch präventive Cautelen und bedarf regelmäßig noch nicht nachträglicher Heilungsmittel. Das Leben und die Diätetik sind noch zu einfach, um erhebliche Krankheitstypen zu gebären. Aber sobald die feineren Störungen überhand nehmen, sehen wir den Rechtsstreit einen Anlauf nehmen, welcher zur Ausbildung eines eigenen Proceßorganismus hinstrebt, und nun beginnt der reifende Rechtssinn mit Fragen des Wechselbezugs und Zusammenhangs der civilistischen (materiellen) und der processualen (formalen) Seite der Rechte sich zu beschäftigen. Hier treten dann nationale Differenzen hervor.

Den Germanen erschien das Streiten des Klägers als eine Beschwerde, welche sich an den Richter wendet. Es ist daher erklärlich, daß hier alles auf Beweisführung ankam, und das geltend zu machende Recht gleichsam an der Seite seiner Erweislichkeit angefaßt wurde. Das Proceßsystem war ein Beweissystem, und so lag es nahe, die Rechte nach den Arten und Privilegien des Beweises zu unterscheiden. Man möchte behaupten, daß, so lange das Rechtssystem noch nicht völlig geschieden war vom Proceßsystem, die Systematik des germanischen Rechts wesentlich eine Systematik des Processes, des Beweises war. Es war gleichsam die streitbare Ausrüstung, wonach die Rechte sich unterschieden und gruppirten; wie am Helmzeichen und Schildwappen die Ehre und Stellung des Mannes in Staat und Gemeinde er-

---

1) Etwas früher treten Subscriptionen von Beamten in den amtlichen Erlassen und Beglaubigungen fremder Niederschriften auf. Bruns *l. c.* S. 66 ff. Aber auch sie sind der Name mit einer Erklärung; erst seit Kaiser Romanus (i. J. 924) erscheint in byzantinischen Gesetzen die reine Namensunterschrift der Kaiser. Bruns *l. c.* S. 86.

2) s. Cursus § 93.

kannt wurde, so die Art der Rechtsverhältnisse an ihrem processualen Gang und Rang. Die Beweismodalität war eine Qualität des Rechts selbst.

Im römischen Recht der geschichtlichen Zeit dagegen sehen wir kaum noch einzelne Reste davon, daß einmal die Rechte in der Schale des Processes verborgen gewesen seien. Ein solcher Rest ist die Ansicht früherer Rechtslehrer (Servius, Sabinus), daß es vier Arten des *furtum* gebe, wogegen Labeo richtig bemerkte, daß das *furtum conceptum* und *oblatum* nicht *genera furtorum,* sondern *species actionum* (wobei die Beweisfrage eine Hauptrolle spielte) seien[1]. Später wird überhaupt nur selten auf die Beweisfrage der Accent gelegt, wie z. B. noch bei der *condictio indebiti* zu Gunsten gewisser Personen, oder bei dem *interdictum quod vi aut clam*[2].

Dem Römer erschien das Ansprechen des Staatsschutzes nicht als ein Klagen, sondern als ein Handeln (*agere, actio, persecutio*), d. h. als ein gegen den Störer gerichteter Angriff und gleichsam als eine Selbstbewährung des geltend zu machenden Rechts. Darum mußte hier vor Allem bei der Formirung des Angriffs das innerste und eigenste Wesen des Rechts hervortreten, alles Aeußerliche und Zufällige bei Seite fallen, und der civilistische Kern entblößt werden. Von der Art dieses Kerns hing die Art des Processes ab; nicht der Proceß bestimmte das Recht, sondern das Recht den Proceß, und die Rechte erschienen nicht als processuale Phänomene, sondern die Processe als civilistische Phänomene. Die *legis actiones* der Pontifices und die *actiones honorariae* des Edikts machen hiervon keine Ausnahme; diese Actionen waren gleichfalls durchaus civilistische Körper, die durch und durch ihre rechtliche Bestimmtheit von den materiell rechtlichen Elementen, wie von ihrer Seele, empfingen. Die hier immer so gern vom Proceßwesen ausgehenden neueren Romanisten sollten am Gegensatz des germanischen Rechts erkennen, was es heißt, wenn ein Rechtssystem wirklich und eigentlich vom Proceßwesen aus sich bildet. Freilich trat das Bewußtseyn der neuen Rechte zuerst im Rechtsstreit deutlich hervor[3], allein es ist geradezu eine Verkehrung der Wahrheit, wenn man sagt, das römische Recht sei aus dem Proceß hervorgegangen. Der römische Civilproceß ist vielmehr ein civilistisches Rechtsgeschäft, die *lis* ein *negotium* und ihre Wirkung eine Art Obligatio gewesen.

Wie konnte es auch anders seyn bei der ganzen Anlage des immer direct auf die juristische Substanz eindringenden Rechtssinns der Römer! Der einfachste Sinn des Civilprocesses ist ja Bewährung des Rechts[4]: eine Potenz aber, die sich bewähren und gegen Störung behaupten will, muß eben sich ganz in sich zusammennehmen, ihre ganze Kraft unter Waffen rufen, und sich enthüllen, nicht verstecken. Diese Art und jener Gegensatz lassen sich leicht illustriren durch einen Vergleich, welcher dem Innern des Volksgeistes näher seyn möchte, als auf den ersten Anblick scheint. Dem südlichen Klima Italiens eignet es, freier den Körper selbst hervortreten zu lassen: demgemäß tritt auch im Wettstreit der Rechte jedes Recht fast unverhüllt und gleichsam spiegelklar hervor. Dem nördlichen Klima mit seinen Wäldern, Nebeln und Schatten ziemt es mehr, in schützender wallender Gewandung und Bewehrung aufzutreten: so tritt da auch das Recht beim Streit in schwerster Rüstung und mit allen Abzeichen der Kampfart auf; nur spärlich blickt zwischen den

---

1) *Gai.* 3, 183. — 2) s. Cursus § 736 u. 737; — *fr.* 5. § 10. *de O. N. N.* (39, 1).
3) Vergl. oben (Excurse) S. 307. — 4) Vergl. oben (Excurse) S. 251.

Lücken des Proceßapparats der versteckte Körper des Rechts, die civilistische Substanz, hervor. Wenn wir den (alt-) römischen Civilproceß einen Ringkampf mit bloßem Leibe, den germanischen ein Turnier mit aller Ausstattung und Gefahr des Waffenwerks nennen, so treffen wir wohl die ungefähre Wahrheit; es muß aber hinzugefügt werden, daß in jenem Proceßtypus das Verfahren bereits einen völlig civilisirten, urbanen Gesellschaftszustand spiegelt, während bei diesem Typus noch die ungezügelte Lust am Kriegswerk und die Gewohnheit ritterlichen Fehdestandes an allen Punkten durchblitzt.

Mit diesem Unterschied hängt weiter eine verschiedene Auffassung der Beweisführung zusammen. Dem Germanen, welchem diese als ein Stück des Rechts selbst erschien, ward die Rolle der Beweisführung selbst zum Recht: er sprach von einem Recht der Beweisführung. Wie anders nimmt sich diese Rolle im römischen Civilproceß aus! Hier verlief die Beweisführung unabhängig neben und nach der Rechtsbehauptung, und folglich mußte dabei die reine Art des Beweises, eine Last zu seyn, hervortreten: der Römer sprach daher von jeher von einem *onus probandi.*

B. Ueber die Bedeutung der Klage im allgemeinen System der juristischen Begriffe ist in neuerer Zeit viel gestritten worden. Es handelt sich dabei nicht sowohl um die processuale Behandlung der Klagen, sondern vielmehr um das Wesen der Klage als eines civilistischen Phänomens, d. h. als einer von dem Rechtsverhältniß selbst ausgehenden, gewissermaaßen organischen Kraftwirkung, welche mithin aus der Natur und Art der Rechtsverhältnisse begriffen werden muß. Ein verbreiteter Fehler ist, anzunehmen, daß die Klage etwas von Außen her zu dem Rechtsverhältniß Hinzukommendes, etwa durch besondere Sanction Gewährtes und nur mechanisch oder künstlich Zugehöriges sei; wenn dies wäre, so müßte vom Begriff der Naturalobligation ausgegangen, jede klagbare Obligation als eine potenzirte Obligation, und die Betagung der Rechte (*dies — actio nondum nata —*) als das Normalverhältniß betrachtet werden. Die Klage ist vielmehr gleichsam ein Naturprodukt aus dem innern Wesen des Rechtsverhältnisses selbst, und die Klagbarkeit der (Privat-) Rechte ist ohne Weiteres gesetzt mit den ersten Fundamenten des Rechts- und Staatswesens.

Ein Naturforscher sagt: „Die Heilkraft der Natur ist keine eigenthümliche Kraft, sondern sie beruht auf einer Reihe glücklicher Einrichtungen, vermöge deren die krankhafte Störung selbst die Thätigkeiten in Bewegung setzt, die zur Vernichtung oder Unschädlichmachung der Störung führen können: sie ist in der That nichts Anderes, als die ursprüngliche körperbildende und lebenerhaltende Thätigkeit selbst in ihrem Verhalten gegen die störende Außenwelt und gegen die durch letztere gesetzten inneren Störungen". So ist auch die Klage das Rechtsverhältniß selbst im pathologischen Zustand und in der (kraft seiner Natur) reagirenden Action, und was der Staat als Rechtsanstalt hierbei leistet, ist im Grunde nichts Anderes, als was er zur Verwirklichung der Rechtsordnung überhaupt beiträgt. Der Staat drückt durch seinen Beamten dem Schutzverfahren den Stempel officieller Weihe auf und wahrt das Metrum der Rechtshülfe: er assistirt eigentlich nur den miteinander handelnden Parteien und schützt etwa den Sieger bei endlicher Durchsetzung des entsprechenden Erfolgs. So war es im ältesten Legisactionenproceß[1];

1) Vergl. oben (Excurse) S. 252.

wenn der Staat mehr thut, die Instruction, die Execution, wohl gar die sachliche Entscheidung selbst in die Hand nimmt, so ist das eben eine künstliche Complication des Processes, mit welcher die reine Idee der Klage nichts zu thun hat.

## L. Kapitel.

### II. Das römische Klagensystem.

(Zu § 471—479.)

### Die *actiones temporales.*

(Klagenverjährung im classischen Recht.)

Zu § 477] A. Gehen wir von dem im vorhergehenden Excurs aufgestellten Gedanken aus, daß das Klagrecht im Grunde das Recht selbst ist, welches im Zustande des Gestörtseyns vermöge seiner Natur gegen die Störung reagirt: so erhellt sofort, daß der Untergang des Klagrechts eigentlich mit dem Untergang des Rechts selbst zusammenfällt, m. a. W. daß das Klagrecht nicht eher und nicht später untergeht als das Recht selbst, und daß, wenn das positive Recht die Dauer des Klagrechts auf eine Frist beschränkt, dies (auch) den Untergang des Rechts selbst nach Ablauf dieser Frist bedeutet.

1) Im älteren Civilrecht kommt Zeitbeschränkung eines Klagrechts nur ganz ausnahmsweise vor und bedeutet da schlechterdings zugleich Untergang des Rechts selbst nach Ablauf der Frist. Dies ist die Bedeutung der für Italien gegebenen *lex Furia de sponsoribus*, deren Inhalt Gaius (3, 121) so angibt: *sponsor et fidepromissor lege Furia biennio liberantur*, im Gegensatz zu den *fidejussores* (sowie den übrigen Bürgen in den Provinzen), von welchen gesagt ist: *perpetuo tenentur.*

2) Derselbe Sinn muß auch der Klagenverjährung im prätorischen Recht inwohnen, denn der Prätor gewährte die Rechte, die er schützen wollte, eben nur in Gestalt von *actiones* oder *interdicta*, und wenn er im Edikt sagte: *intra annum judicium dabo — si non plus quam annus est, restituas*, so bedeutete das eben ein Recht, welches nicht länger als 1 Jahr lang (*annus utilis*) gelten, bestehen, anerkannt seyn solle.

Verschieden von der Klagenverjährung sind a) die Fälle possessorischer Rechtsmittel bei Servituten, in denen eine besonders geartete, zeitlich limitirte *quasipossessio* als Requisit aufgestellt ist; Kläger muß anführen, daß er *hoc anno usus est:* so bei den *interdicta de itinere, de actu privato, de aqua quotidiana, de fonte,* — oder daß er *priore aestate duxit:* so bei den *interdicta de aqua aestiva* und *de rivis.* Hier wird die betreffende Zeit nicht *utiliter,* sondern kalendermäßig berechnet[1]. 2) Die Fälle, in denen die Klaganstellung auf Grund erlangten Interdikts (*agere ex interdicto reddito*) zeitlich beschränkt ist[2]; so das *int. uti possidetis* und das *int. de tabulis exhibendis.* Das Interdikt selbst ist *perpetuum*[3].

Ueber die Frage nun, welche der prätorischen Klagen verjährbar seien, haben wir mehrere allgemeine Aussprüche der Digestenjuristen. Gaius (4, 110) sagt: *Admonendi sumus, eas quidem actiones, quae ex lege Senatusve con-*

---

1) Schmidt (v. Ilmenau) d. Interdiktenverfahren b. d. Röm. S. 116.
2) *intra annum agere permittam — agi potest*: *fr.* 1. *pr. uti poss.* (43, 17); *Paul. IV*, 7. § 6.
3) Schmidt *l. c.* S. 117.

*sultis proficiscuntur, perpetuo solere Praetorem accommodare, eas vero, quae ex propria ipsius jurisdictione pendent, plerumque intra annum dare.* Genauer drückt sich Paulus[1] aus: *In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut, quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. Honorariae autem, quae post annum non dantur . . . sicut fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus.* Doch trifft auch diese Regel nicht allenthalben zu, denn es gibt Interdikte mit dem Karakter einer Pönalklage, welche dennoch unverjährbar sind, z. B. das *int. de vi armata* und alle auf *rem restituere* gerichteten Interdikte[2]. Und ebenso wenig ist die von Ulpian[3] aufgestellte Regel ganz genau: *Omnes populares actiones neque in heredes dantur neque supra annum extenduntur,* denn gerade von den *popularia interdicta* gilt die Regel der Perpetuität[4]. Was die Interdikte anlangt, so ist nur von dreien ausdrücklich ausgesagt, daß sie auf einen *annus* (*utilis*) eingeschränkt seien: diese Frist berechnet sich bei dem *int. unde vi* von der Dejection an, bei dem *int. fraudatorium* von dem gegen die Gläubigerschaft gerichteten betrügerischen Akte an, bei dem *int. quod vi aut clam* von der Beendigung oder Liegenlassung des *opus* an[5]. Diese Interdikte sind es, welche *interdicta annalia, annua* oder *temporaria* genannt werden; von ihnen wird die Regel aufgestellt: *ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, post annum judicium dandum, Sabinus ait*[6] — d. h. so weit es sich um die vorhandene Bereicherung handelt, sind auch diese Interdikte an keine Frist gebunden. Unter der Jahresfrist ist hier nicht das prätorische Amtsjahr zu verstehen[7], vielmehr kommt bei der Berechnung der 365 Tage nur die Zeit in Ansatz, während deren der Kläger in der Lage war, von seinem Klagrecht Gebrauch zu machen (*annus utilis*)[8].

3) Auch die ädilicischen Klagen aus dem Kaufgeschäft auf Contractsaufhebung oder Entschädigung wegen versteckter Mängel sollen nur eine kurze Zeit lang zustehen, nach deren Verstreichung das Recht aus dem Edikt erlischt: *de ornamentis restituendis jumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiive causa inemtis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris, cum venirent, fuerint, in anno judicium dabimus*[9].

4) Dem *jus extraordinarium* gehören folgende Fälle an: a) Zufolge einer Constitution des Titus (79—81) sollten Klagen des Fiscus auf (zur Strafe) verfallene Güter nur 20 Jahre lang[10], zufolge eines Rescripts des Antoninus Pius (138—161) Klagen des Fiscus auf *bona vacantia* nur 4 Jahre lang[11], zufolge eines Rescripts des Septimius Severus Klagen des Fiscus auf Güter, die wegen Steuerdefraudation verwirkt sind, nur 5 Jahre lang[12] zulässig, d. h. durch eine *praescriptio temporis* beschränkt seyn. b) Durch ein Edikt des Nerva (96—98) wurde untersagt, *post quinquennium mortis cujusque de statu quaerere*[13], und andere Kaiser bestätigten, daß nach Verlauf von 5 Jahren seit dem Tode eines Bürgers dessen Status weder direkt noch in-

---

1) *fr.* 35. *pr. de O. et A.* (44, 7). — 2) Schmidt *l. c.* S. 124.
3) *fr.* 8. *de popular. act.* (47, 23). — 4) *fr.* 2. § 44. *ne quid in loco publ.* (43, 8).
5) Schmidt *l. c.* S. 117. 120. — 6) *Paul. fr.* 4. *de interd.* (43, 1).
7) welche Meinung in *pr. J. de perp. act.* (4, 12) ungeschickter Weise angedeutet wird.
8) *fr.* 1. *de temp. praescr.* (44, 3): *experiundi potestas* und zwar theils *facultas agendi*, theils *copia Praetoris.*
9) *fr.* 38. *de aed. Ed.* (21, 1). — 10) *fr.* 1. § 3. *de jure fisci* (49, 14).
11) *fr.* 1. § 2. *eod.*; *c.* 1. *de quadr. praescr.* (7, 37).
12) *c.* 2. *de vectig. et commissis* (4, 61). — 13) *fr.* 4. *ne de statu def.* (40, 15).

direkt in Streit gezogen werden dürfe[1]; dem Gegner stand dann die *praescriptio quinque annorum* zur Seite[2]. c) Außerdem bildete sich (wohl erst nach Gaius) in der Provinzialpraxis der Satz, daß das private Besitzrecht an Provinzialgrundstücken nur bis zum Ablauf von 10, bez. 20 Jahren durch Klage verfolgbar, und von da an der Beklagte durch eine *praescriptio longi temporis* gesichert sei[3].

B. Daß das *biennium* der *lex Furia*[4] im Proceß *ipso jure* zur Geltung kam und daher vom Prätor, bez. vom Richter *ex officio* zu berücksichtigen war, kann nicht zweifelhaft seyn. Aber wie verhält es sich mit den prätorischen Temporalklagen? Allerdings kommt bei Ulpian einige Male der Ausdruck *exceptio annua* vor[5]; allein es fragt sich, ob dieser Ausdruck urgirt werden dürfe; er ist selten genug und widerstreitet dem prätorischen Ausdruck: *intra annum judicium dabo.* Wie hier eine *exceptio* Substanz gewinnen könnte, ist nicht wohl einzusehen, denn dieselbe Macht, welche die Klage, also das Recht schaffte, setzte zugleich das Ende der Klage, des Rechts; dieses Recht besteht eben nur durch den Prätor, und wenn der Prätor sagt, daß er fernerhin das Klagrecht nicht mehr gäbe, so ist eben alles Recht in Wegfall gekommen: was Paulus ganz correct mit *finit obligationem* ausdrückt[6]. Anders verhält es sich mit dem *Sctum Vellejanum* und *Macedonianum*, welche eine neue dem bisherigen Recht gegenüber selbständige Rechtssubstanz schaffen[7]; diese ist im Exceptionswege geltend zu machen. Aber die prätorische Fristbeschränkung kann correcter Weise nicht wohl die Gestalt einer *exceptio* gegenüber der *actio* angenommen haben[8].

Zuerst im *jus extraordinarium* ist dies vielleicht geschehen, innerhalb eines Proceßapparats, welcher sich dem Gegensatze von *ipso jure* und *ope exceptionis* gegenüber indifferent verhielt. Diese Gleichgültigkeit zeigt sich auch darin, daß hier die Ausdrücke *exceptio* und *praescriptio* gemischt gebraucht werden. Wir treffen die *praescriptio temporis, praescriptio V annorum, praescriptio longi temporis;* bei der letzteren ist der Ausdruck *praescriptio,* wenn er gleichbedeutend ist mit *exceptio,* ganz am Platze, denn hier bedeutet der Fristablauf betreffs der Klage schlechterdings nicht den Untergang des (bisher durch die Klage geschützten) Rechts. Der Begriff dieser *praescriptio temporis* ward dann auf die Fälle der nachclassischen, Theodosischen Klagenverjährung übertragen, und mit Recht, denn die neue *exceptio s. praescriptio temporis* beruhte auf *jus novum* und konnte also nur indirekt auf die im *jus ordinarium* der classischen Zeit begründeten Rechte wirken. Wir sind zu sehr gewöhnt, die Wirkungen der Klagenverjährung bloß aus dem Gesichtskreis der Theodosischen Verjährung heraus zu beurtheilen; für sie bleibt die Frage übrig, ob die Verjährung eine *naturalis obligatio* als Rest lasse.

---

1) *fr.* 1. § 2. *eod.*

2) *fr.* 2. § 2. *eod.* — Auch die *querela inofficiosi testamenti* war eine Art Statusklage (*accusatio testamenti — color insaniae*), daher für sie dann gleichfalls eine *praescriptio V annorum* angenommen ward.

3) Vergl. Cursus § 505. — 4) s. oben sub A. 1.

5) in *fr.* 30. § 5. *de pecul.* (15, 1) und *fr.* 15. § 5. *quod vi* (43, 24). Vergl. v. Savigny System V. S. 354. — 6) *fr.* 6. *de O. et A.* (44, 7). — 7) Vergl. oben (Excurse) S. 260.

8) Diese Ansicht ist schon von Donellus (*comm. jur. civ. XVI*, 9, § 21. 22; *XXII*, 2. § 18) vertreten, dann aber von Savigny *l. c.* S. 354. 371—3. bekämpft worden.

# LI. Kapitel.

## III. Außerordentliche Rechtshülfe.

(Zu § 480—483.)

## Die *in integrum restitutio,* ihre civilistische Natur und systematische Stellung.

A. Die *in integrum restitutio* ist vom Prätor ausgegangen, allein wir treffen in ihr keineswegs den geschichtlichen Gegensatz des Civil- und Honorarrechts; vielmehr ist die prätorische *causae cognitio* behufs Restituirens ein ganz besonderes an das Tribunal des Prätor geknüpftes allerhöchstes Reservatrecht[1]: der Vorbehalt, im einzelnen Falle dem rollenden Rad der Gerechtigkeit in die Speichen zu greifen und im Widerspruche mit der Wirklichkeit auszusprechen, daß eine Thatsache geschehen oder nicht geschehen sei. Solches erklärte der Prätor da thun zu wollen, wo in eclatant unbilliger Weise durch die Consequenz des Rechtsverlaufs Jemandem ein erheblicher Vermögensschaden zugefügt worden ist. Der Prätor begnügt sich hier nicht mit der Gewährung eines einfachen Rechtsmittels, sondern er greift den Schaden an der Wurzel an, indem er die Thatsache negirt, welche den Rechtsgrund aller schädlichen Folgen enthält.

In vielen Fällen könnte durch Gewährung einer einfachen Klage oder Einrede das Gleiche erreicht werden, und in der That neigte sich das spätere römische Recht dazu, in den Platz gewisser Fälle der *in integrum restitutio* geordnete Klagrechte einrücken zu lassen, und demgemäß schränkte sich das Gebiet dieses *extraordinarium auxilium* beträchtlich ein. Allein auch neben solchen analogen Klagen kann die *in integrum restitutio* noch immer einigen Dienst leisten: denn a) sie gewährt, indem sie die erzwungene Handlung selbst negirt, dem *coactus* die verloren gewesene *rei vindicatio,* nicht bloß eine persönliche Klage, und verschafft daher im Fall des Concurses des Beklagten dem Restituirten die Vortheile des Eigenthümers; b) sie hilft dem Betrogenen nicht bloß dem Betrüger selbst, sondern auch dem Dritten gegenüber, an welchen der Implorant zufolge des Betrugs etwas veräußert hat.

B. Nicht bloß vor dem Tribunal des Prätor, sondern auch vor dem Thron des Princeps erzeugten sich Restitutionsfälle: so konnte *beneficio Principis* ein *servus poenae* restituirt werden[2]. Analog sind der *in integrum restitutio* auch die s. g. *natalium restitutio*[3] und die s. g. *transmissio ex capite in integrum restitutionis*[4].

C. Wie man streitet, was die *in integrum restitutio* im letzten Grunde sei, so auch, welcher Platz ihr im System des Privatrechts gebühre. Die Antwort ergibt sich aus der Berücksichtigung folgender zwei Momente: a) die sachliche Natur der *in integrum restitutio* besteht darin, daß sie eine Fiction enthält[5], denn die Wiederherstellung des vor der Verletzung gewesenen Zustandes wird eben dadurch erreicht, daß die jenen schädlichen Erfolg herbeiführende Thatsache selbst für nicht geschehen erklärt, also das

---

1) *Praetor interponit se — totum arbitrio Praetoris temperabitur: Paul.* in *fr.* 24. § 1. *de minor.* (44, 4) und *fr.* 16. *ex qu. c. maj.* (4, 6).

2) *fr.* 1. § 4. *ad Sct. Tertull.* (38, 17). — 3) s. Cursus § 381. — 4) s. Cursus § 852.

5) Vergl. Hartter Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 20. u. 21. Bücking Pandekten d. röm. Privatrechts, Bd. I. (2. Aufl.) § 132. Röm. Privatrecht (2. Ausg.) S. 73.

Gegentheil der Wirklichkeit rechtlich angenommen wird. Von diesem Gesichtspunkt aus würde die *in integrum restitutio* in die Lehre von den Thatsachen, bez. von den Erwerbs- und Verlustgründen der Rechte[1], genauer angegeben: etwa neben die Lehre vom *postliminium rerum*[2] zu stellen seyn, und in diesem Sinne stellt Windscheid[3] die *in integrum restitutio* an den Schluß des Kapitels, welches von Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte handelt. Allein es ist dabei außer Augen gelassen, b) daß die *in integrum restitutio* sich von dem Gebiete der einfachen Fictionen durch ein formelles Moment abhebt: dies ist die *causae cognitio*. Die Fiction wird hiernach immer nur auf Antrag des Betheiligten und auf Grund eines amtlichen Verfahrens ausgesprochen, wodurch die *in integrum restitutio* sich als eine Analogie der *missio in possessionem* darstellt und den Rechtsmitteln einreiht. Demgemäß ist ihr im Cursus die Stellung in der Lehre von den Rechtsmitteln gegeben worden.

---

# ZWEITES BUCH.

## Das Sachenrecht.

### LII. Kapitel.

### Einleitung.

(Zu § 484–486.)

#### Ueber die Stellung des Pfandrechts im System.

Zu § 485] A. Im Cursus ist die rechtliche Natur der Hypothek als eines dinglichen Rechts in den Vordergrund gestellt, und demgemäß dem Pfandrecht auch seine systematische Stellung in der Lehre vom Sachenrecht angewiesen worden. Ehemals war hierüber keine Frage; allein in neuerer Zeit wollen Manche das Pfandrecht in die Lehre von den Obligationen einreihen. Diese dogmatische Neigung scheint durch Büchel's Erörterung über die Natur des Pfandrechts[4] vorbereitet worden zu seyn, denn wenn auch dessen Aufstellung, daß das Pfandrecht ein Forderungsrecht (gegen eine Sache) sei, mehr Gegner, als Anhänger gefunden hat[5], so ist man doch darauf aufmerksam geworden, daß in der That das Pfandrecht nicht bloß ein Accessorium der Obligatio ist, sondern auch manche Analogien zum Forderungsrecht zeigt, und der quellenmäßige Ausdruck „*obligatio rei*" civilistische Bedeutung hat[6]. Demgemäß hat zuerst Arndts[7] mit Nachdruck die Einfügung

---

1) s. Cursus § 450. — 2) s. Cursus § 456. — 3) Pand. I. § 114–120.
4) Marb. 1833. — 5) s. Windscheid Lehrb. d. Pand.-R. I. § 224. Anm. 8.
6) Arndts Lehrb. d. Pandekten § 364. Anm. 8; Regelsberger z. Lehre v. Altersvorzug d. Pfandrechte. (1859) S. 14.
7) Grundriss zu Pandektenvorlesungen (1840); dann i. d. krit. Jahrbb. VII. S. 300. u. im Lehrb. d. Pand. § 126. Anm. 2.

des Pfandrechts in die Lehre von den Obligationen vertheidigt, und seitdem auch Wächter[1] sich in demselben Sinne erklärt hat, sind Mehrere nachgefolgt. Deurer[2] formulirte diesen Gedanken dahin, daß das Pfandrecht ein erweitertes (nämlich gewisse Executionsobjekte ergreifendes) Forderungsrecht sei, und wie er und Arndts, so hat auch Müller[3] das Pfandrecht in die Lehre von der Sicherung der Obligationen gestellt.

Bei dieser Placirung ist das Zweckmoment maaßgebend gewesen, denn unzweifelhaft ist das Pfandrecht seiner civilistischen Natur nach dem Forderungsrecht durchaus nicht gleichartig, während eben so unzweifelhaft ist, daß in der röm. Praxis Hypothek und Obligatio immer zusammen gehen, diese die Herrin, jene die Dienerin ist. Allein es ist dagegen zu bemerken, daß sonst das civilrechtliche System nicht nach praktischen, sondern nach theoretischen Gesichtspunkten geordnet, und es didactisch mißlich ist, eine so umfassende Materie fremdartiger Structur in den Rahmen des Obligationenrechts hineinzudrängen. Der Kern des Pfandrechts liegt offenbar in dem Karakter der Pfandklage als einer *in rem actio*, und die Bedeutung dieses Umstandes wird für die Anschauung bedenklich abgeschwächt durch Hervorkehrung jenes Zweckmoments; kein Gegensatz kann sich im ganzen System des Privatrechts an Bedeutung messen mit dem der s. g. absoluten und relativen Rechte, oder der *actiones in rem* und *in personam*, und so muß denn auch das System im Ganzen und im Einzelnen darauf hinarbeiten, diesen Gegensatz allenthalben scharf und deutlich zu machen. Es kommt hinzu, a) daß es auch für das Verständniß des Eigenthums sowohl, als der anderen dinglichen Rechte an fremder Sache nicht ohne Werth ist, die Folie und Parallele des Pfandrechts unmittelbar zu benutzen, und b) daß selbst in seiner geschichtlichen Darstellung das Pfandrecht auf den Zusammenhang der Sachenrechte hinweist, sei es, daß wir den antiken Anfang des Pfandrechts, da wo es gewissermaaßen noch im Schoße der Fiducia latent ist, oder das moderne Stadium, wo es in merkwürdiger Weise wiederum der Eigenthumsidee sich mehr und mehr anzunähern scheint, ins Auge fassen. Am wenigsten aber darf als Grund der Einstellung ins Obligationenrecht angeführt werden, daß es auch ein *pignus* (*pignoris, servitutis* und) *nominis* gebe, denn dann müßte auch der *usus fructus*, weil von einem *usus fructus nominis* gesprochen wird, seine Verbannung aus dem Sachenrecht gewärtigen.

B. Für die Stellung der Hypothek im Sachenrecht bleibt die Frage übrig, ob sie vor oder nach den eigenthumsähnlichen Prädialrechten (Emphyteusis und Superficies) darzustellen sei. Sie vorauszuschicken, entspricht der geschichtlichen Entstehung, und nach diesem Gesichtspunkt ist die Darstellung im Cursus geordnet. Dogmatisch dürfte sich mehr empfehlen, das Pfandrecht im Sachenrecht an letzter Stelle darzustellen, denn es greift principiell am tiefsten von allen *jura in re aliena* in das Recht des Eigenthümers ein und es gehört in möglichste Nähe der Obligation.

1) Handb. des im Kgrch. Württemberg gelt. Privatrechts (1839—1847) I. S. 549. II. S. 319.
2) Grundriss f. äussere Gesch. u. Institut. d. R. R. (1849) § 180. S. 316.
3) Vergl. Lehrb. d. Institutionen, § 61. Anm. 1.

# Erster Abschnitt.

# Das Eigenthum.

---

## LIII. Kapitel.

### I. Die rechtliche Natur des Eigenthums und Sachbesitzes.

(Zu § 487–495.)

### I.

### Das civilistische Wesen des Besitzes und seine Stellung im System.

Zu § 487. 491] Wenn der Besitz (*possessio*) im Cursus ein Rechtsinstitut genannt worden ist, so ist damit nur gesagt, daß in seinem Begriffe gewisse Momente von rechtlichem Interesse zusammentreffen; nicht ist damit entschieden, ob der Besitz als solcher ein Rechtsverhältniß sei, und worin überhaupt die Natur des Besitzes bestehe.

Die Frage nach der Natur des Besitzes läßt sich in drei Elemente zerlegen: 1) wie verhält sich der Besitz zum Eigenthum?[1] 2) ist er Thatsache oder Recht? 3) worin liegt der Grund des Besitzschutzes? Diese drei Fragen sollen im Folgenden einer Beleuchtung unterzogen werden.

1) Wie verhält sich äußerlich der Besitz zum Eigenthum? Daß die Begriffe: Besitz und Eigenthum in einem gewissen Zusammenhange stehen, weiß Jeder; schon die oberflächlichste Beobachtung des Lebens weist darauf hin. Bei einfacher und ungestörter Gestaltung der Lebensverhältnisse sind Besitz und Eigenthum der Sachen ungetrennt, d. h. sie sind in derselben Person als Subjekt vereinigt; man pflegt vom Besitz auf das Eigenthum zu schließen; nur dem Eigenthümer steht regelmäßig das Recht zu besitzen zu.

Indeß können Besitz und Eigenthum auseinanderfallen, indem der Eigenthümer den Besitz verliert, sei es, daß Niemand oder ein Anderer diesen erwirbt, oder aber indem ein Nichtbesitzer das Eigenthum erwirbt. Ein solcher Zustand wird als anomal empfunden, das Recht begünstigt daher das Streben der Wiedervereinigung (in derselben Person), indem es einerseits dem Eigenthümer das Recht der *vindicatio rei,* anderseits dem Besitzer (unter gewissen Voraussetzungen) die Möglichkeit der *usucapio rei* gewährt: dort attrahirt das Eigenthum den Besitz, hier aber der Besitz das Eigenthum. Beide Rechtsinstitute sind Ausdruck des Gedankens, daß Eigenthum und Besitz zu einander gehören, ihre Trennung ungehörig, ihre Verbindung der allgemeinen Ordnung gemäß ist.

2) Ist der Besitz Thatsache oder Recht? a) Seine eigentliche Natur ist Thatsächlichkeit: *possessio facti, non juris est*[2]. Besitz ist der absolute Herrschaftswille (s. g. Aneignungswille, *animus rem sibi habendi*), ausgedrückt in körperlicher Herrschaft, oder der in entsprechendem Verhalten zur Sache verkörperte absolute Herrschaftswille; man könnte auch sagen: der

---

1) Es wird hier von der Anwendung des Besitzbegriffs auf *jura in re aliena*, Erbrecht und *libertas* abgesehen. — 2) *Paul. fr.* 1. § 3. *de poss.* (41, 2).

Eigenthumsinhalt als bloße Thatsache verwirklicht. Diesem Gedanken zum Sieg verholfen zu haben ist v. Savigny's Verdienst, z. B. solchen Theorien gegenüber, welche den Besitz als Sachenrecht oder als Forderungsrecht auffaßten. Folgerungen aus jenem Gedanken, welche ihn zugleich beweisen, sind: aa) Besitz wird nicht durch rein rechtliche Vorgänge, z. B. *adjudicatio*, Erbantritt, erworben oder wiedergewonnen[1]; bb) er entsteht und vergeht durch rein faktische Vorgänge ohne Rücksicht auf deren Rechtmäßigkeit[2]; cc) es gibt keine Succession in Besitz[3]; Succession setzt rechtlichen Zusammenhang voraus, Thatsachen als solche stehen in keinem rechtlichen, höchstens in thatsächlichem Zusammenhang. — Insofern läßt sich sagen: *nihil commune habet possessio cum proprietate*[4].

b) Seine eigentliche Aufgabe liegt in der Verkehrsfunction für das Eigenthum; dieses wird fast allenthalben im Verkehr durch den Besitz vermittelt, er kann daher das Medium des Eigenthums genannt werden. Die Verkehrsfunction zeigt sich in Zweierlei: aa) die wirthschaftliche Nutzung des Eigenthums wird durch Besitzhandlungen vermittelt; nur für den Besitzer hat das Eigenthum materiellen Werth, Eigenthum ohne Besitz ist fast wie todt, ist fast wie die Seele ohne Körper, wie eine Kraft ohne Organ; der Besitz ist Organ des Eigenthums; bb) Erwerb und Verlust des Eigenthums vollziehen sich regelmäßig nur durch Besitzhandlungen; wer den Besitz der Sache nicht hat, kann über sein Eigenthum nicht verfügen; wer den Besitz nicht erlangen kann, kann auch das Eigenthum, auf dessen Erwerb er vielleicht einen Rechtstitel hat, nicht erwerben; Eigenthum ohne Besitz ist daher zum Stillstand verurtheilt und stagnirt mitten im Strome des Verkehrs; der Besitz ist Vehikel des Eigenthums. — Zufolge dieser Verkehrsfunction des Besitzes also ist das Eigenthum ohne Besitz unfruchtbar und bewegungslos, der Besitz belebt das Eigenthum für den Verkehr.

c) Sein innerer Zusammenhang mit dem Eigenthum muß daher ein elementarer seyn: der Besitz ist ein Element des Eigenthums, zwar nicht ein essentielles, denn er kann dem Eigenthümer fehlen, wie wir gesehen haben, aber auch kein bloß zufälliges, sondern ein natürliches Element des Eigenthums. Er ist für das Eigenthum, was die Sprache für den Gedanken, die Handlung für den Willen: die normale und gewöhnliche Verkörperung des Eigenthums. Das Eigenthum in seiner vollen und normalen Auswirkung ist mit dem Besitz verbunden; der Besitz ist so wenig ein Recht, als der Satz ein Gedanke, aber er ist Element eines Rechts, und zwar das nach Außen, in die Sinnenwelt gekehrte Element, die Außenseite, der Ausdruck, das Abbild des Eigenthums[5]. Wie Gaius (3, 56) den Besitz der Freiheit als *libertatis forma* bezeichnet, so könnte man den Besitz auch die *forma proprietatis* nennen.

Der Besitz als Ausdruck des Eigenthums ist nur da denkbar, wo auch Eigenthum denkbar ist; daher a) kann ein Gewaltuntergebener nicht Besitz haben[6]; b) kann eine *res commercio exemta* nicht besessen werden[7]; c) gibt es eine dem *condominium* analoge *compossessio*[8]. Demgemäß wird gesagt:

---

1) *fr.* 23. *de poss.*; *fr.* 19. *ex qu. c. maj.* (4, 6).
2) hieher gehört wohl auch *fr.* 1. § 4. *de poss.*
3) Die s. g. *accessio possessionis* steht nicht entgegen. — 4) *Ulp. fr.* 12. *de poss.*
5) Thibaut sagt: Ausübung des Eigenthums, Hufeland: Wahrscheinlichkeit des Eig., Tigerström: fingirtes Eig., Gans: anfangendes Eig., Stahl: provisorische Regelung desselben Lebensverhältnisses, dessen definitive Regulirung das Eig. ist; Ihering: Ausübung oder Thatsächlichkeit des Eig., Windscheid: Abbild des Eig.
6) *fr.* 49. § 1. *de poss.* — 7) *fr.* 30. § 1. *eod.*
8) *fr.* 3. § 5. *eod.*; *fr.* 5. § 15. *commod.* (13, 6).

*possessio non-tantum corporis, sed et juris est*[1] und: *plurimum ex jure possessio mutuatur*[2].

3) Worin endlich liegt der Grund des Besitzschutzes? Der Besitz genießt einen rechtlichen Schutz; wie kommt das Recht dazu, Thatsachen zu schützen, selbst widerrechtlichen Besitz? Warum verhält sich das Recht nicht, wie sonst zu Thatsachen, gleichgültig zu der Thatsache des Besitzens?

Mir scheint der Fehler sämmtlicher bisher hierüber aufgestellten Theorien darin zu liegen, daß man die ganze Erscheinung des Besitzschutzes begrifflich aus Einem Punkte hat ableiten wollen. Das ganze Besitzinstitut ist zusammengehalten durch Erwägungen der Zweckmäßigkeit; kaum in irgend einem anderen Digestentitel findet sich das „*utilitatis causa receptum est*" so häufig, wie in dem Titel *de acquirenda vel amittenda possessione*[3]. Der Besitz spielt nicht bloß eine Rolle für den Einzelnen, sondern, weil er ein Stück der äußeren Ordnung ist, zugleich eine Rolle für das Interesse der Gesellschaft. Der Besitzschutz entstand bei den Römern zu einer Zeit, wo es ihnen noch fast ganz an einem Polizeiapparat gebrach; aus dem Mangel eines solchen Apparates erklären sich überhaupt viele polizeiliche Ingredienzien im röm. Privatrecht, so auch die Besitzinterdikte; dieselben sind nicht allein, aber mit unter diesem Gesichtspunkt zu betrachten. Aus privatrechtlichen und polizeilichen Erwägungen zugleich ist der Besitzschutz hervorgegangen.

a) Der privatrechtliche Grund des Besitzschutzes liegt in der Verkehrsbedeutung des Besitzes für den Eigenthümer. Ein Recht, welches so, wie das römische, den Besitz als Vehikel des Eigenthums behandelt, darf sich nicht begnügen, das Eigenthum als solches zu schützen, sondern muß auch dem Besitz als solchem einen Schutz angedeihen lassen. Ich trete hier auf die Seite v. Ihering's, welcher diesen Grund des Besitzschutzes betont und den Besitzschutz als die Vormauer des Eigenthumsschutzes bezeichnet hat[4]. Aber dieser Gedanke würde nicht ausreichen[5], das ganze Besitzschutzsystem des röm. Rechts zu stützen. Es kommt

b) hinzu, daß, weil die Besitzzustände zu der äußeren Ordnung des Lebens gehören, ein Angriff auf den Besitz auch ein Angriff auf diese Ordnung ist und allgemein als Bruch des öffentlichen Friedens empfunden wird. Der Besitzzustand ist derjenige Punkt, an welchem immer eine drohende Auflösung der Rechtsordnung einzusetzen liebt: hier muß daher das Recht ganz besonders auf seiner Hut seyn und aus polizeilicher Rücksicht den Proceßapparat in Bewegung setzen. Es ist die empfindlichste Seite des Gemeinschaftslebens: dadurch rechtfertigt sich das Außerordentliche eines Schutzes von bloßen Thatsachen. Dies ist meines Dafürhaltens der richtige Kern in der Savigny'schen Ableitung des Besitzschutzes aus dem Deliktskarakter der Besitzstörungen.

So leiten sich die Besitzinterdikte auf einem zwiefachen Wege aus der Natur des Besitzes ab, sie zeigen ein Recht, welches aus dem Besitze folgt, und wegen dieses Rechts aus dem Besitz ist dieser ein Rechtsinstitut. Der Besitz ist eine Thatsache, aber indem er ein natürliches Element des Eigen-

---

1) *fr.* 49. *cit.* — 2) *fr.* 49. *pr. de poss.*

3) Vergl. z. B. *fr.* 1. § 3. 14; *fr.* 2. 32. § 2; *fr.* 40. 44. § 1. *de poss.*

4) Beiträge z. Lehre v. Besitz (i. Ihering's Jahrbb. f. d. Dogm. IX. 1868) S. 44. 52. 80. 153 ff.

5) Auch Bruns (die Besitzklagen des R. R. 1874. S. 291 ff.) knüpft am Eigenthum (Erwerb durch Occupation) an, motivirt aber dann wesentlich den Besitzschutz durch den natürlichen Vorzug des Besitzers im Process: dieses Interesse solle geschützt werden; der Besitzschutz beruhe auf der Anerkennung eines relativen Rechts des Besitzers gegenüber dem Nichtbesitzer.

thums ist, nimmt er Etwas von dessen Art an; er ist nicht selbst ein Recht oder Rechtsverhältniß, aber Bestandtheil eines solchen; er ist nicht Rechtsverhältniß, aber Rechtsinstitut.

## II.

## *Possessio* und *detentio* (*alieno nomine*).

Zu § 490] Seit v. Savigny ist es üblich, von dem Begriff des natürlichen Besitzes als dem dogmatischen Fundament der Besitzlehre auszugehen und erst von da in begrifflicher Progression zum juristischen Besitz (*possessio* im engern und eigentlichen Sinne) als einem qualificirten Verhältniß anzusteigen. Nichts kann aber mehr, als dieses, geeignet seyn, die Wahrheit zu verdunkeln und das Einfache zu verwickeln, denn 1) man nimmt auf diesem Wege zum Ausgangspunkt einen ganz falsch generalisirten Besitzbegriff, welcher ohne Wirklichkeit, oder doch ohne ein juristisch werthvolles Substrat in der Wirklichkeit ist. Einen Besitz, der weder juristischer, noch naturaler (d. h. stellvertretender) Besitz wäre, gibt es eigentlich nicht: jeder Besitz ist entweder *possessio* oder aber *detentio alieno nomine*, und wie soll man sich einen natürlichen Besitz denken, welcher einfach durch Hinzunahme eines weiteren Momentes (*animus domini!*) zum juristischen Besitz würde? 2) Es erscheint hier die *detentio alieno nomine* wie ein bloßes *Minus*, während sie doch ein *Aliud* ist im Vergleich mit der eigentlichen *possessio*; von einer Steigerung könnte hier nur im faktischen, nicht im rechtlichen Sinne die Rede seyn. 3) Es gewinnt so den Anschein, als ob die *detentio alieno nomine* eine Voraussetzung der *possessio* sei, während doch gerade das umgekehrte Verhältniß stattfindet. 4) Man behandelt die *possessio* als das feinere und künstlichere Verhältniß, während das gerade Gegentheil der Fall ist.

Es ist mithin vom dogmatischen Standpunkt aus völlig incorrect, von dem s. g. natürlichen Besitz vor dem juristischen Besitz zu handeln. Dieser ist das einfachere, normale Verhältniß, nicht bloß, weil er im Leben der ungleich häufigere Zustand ist, sondern auch, weil in ihm dem *corpus* der *animus* einfach correspondirt; die *detentio alieno nomine* ist das künstlichere, complicirtere Verhältniß, denn sie hat den juristischen Besitz eines Anderen zur Voraussetzung. Der *detentor alieno nomine* hat allerdings auch einen Willen, welcher ihn in ein Verhältniß zum physischen Bestand des Objekts setzt, aber dieser Wille bewegt und bethätigt sich lediglich auf der Basis des eigentlichen Besitzwillens eines Anderen und innerhalb des von diesem umschriebenen Kreises; er verlangt denselben als seine Voraussetzung und Ergänzung; eine *detentio alieno nomine* ohne die *possessio* eines Anderen wäre ein fundamentloses Verhalten, etwas Unvollständiges und Unhaltbares. Die *detentio alieno nomine* ist in der That und Wahrheit ein stellvertretender Besitz, und so gewiß von Stellvertretung erst gehandelt werden kann, nachdem von der einfachen Verwirklichung des Rechts gehandelt ist, eben so gewiß kann von der *detentio alieno nomine* nicht vor der *possessio* gehandelt werden.

Wir können uns denken, daß Jemand eine Sache inne hat, indem er darüber ungewiß ist, ob er einen Anderen für den *possessor* gelten zu lassen habe oder sich selbst die *possessio* beilegen dürfe; aber das ist eben ein zweifelhaftes Verhältniß und enthält mit nichten die Elemente eines generellen Besitzbegriffs. Ebensowenig läßt sich von einem *infans* oder

*furiosus* sagen, daß in seinem Innehaben einer Sache sich ein indifferenter Besitzbegriff darstelle, welcher sich dann verzweigt denken lasse in *possessio* und *detentio alieno nomine*, denn jener besitzähnliche Zustand hat überhaupt nicht die Geltung eines rechtlichen Willensverhältnisses und kann folglich nicht den Ausgangspunkt einer rechtlichen Gestaltung und Differenzirung bilden.

Es gibt hiernach keinen abstracten Besitzbegriff, welcher die *possessio* und die *detentio alieno nomine* in sich schlösse und ihre Indifferenz darstellte, vielmehr kann immer nur von der *possessio* und der *detentio alieno nomine* als zwei selbständigen Phänomenen die Rede und dabei nicht zweifelhaft seyn, daß immer mit der Darstellung der eigentlichen *possessio* der Anfang zu machen ist.

Mit jenem Mangel der bisher üblichen dogmatischen Auffassung scheint mir weiter die Annahme, daß zum Wesen und Bestand des Besitzes nicht bloß *animus*, sondern auch *corpus* gehöre, zusammenzuhängen. Diese Annahme trifft nach der Auffassung der classischen Juristen nicht mehr die Wahrheit, da von diesen in der That Besitzfälle ohne *corpus* anerkannt sind. Hiernach läßt sich nur das sagen, daß das körperliche Element als Bestandtheil des *animus*, genauer: als Schranke oder Metrum des *animus*, in Betracht komme. Der Besitzwille muß nämlich ein vernünftiger, realisirbarer seyn: ein absolut undurchsetzbarer Wille ist auch ein unreeller, unwirklicher, nichtiger Wille, und in solchen Fällen kann nicht von Besitz die Rede seyn. Es ist das aber nicht ein äußeres und selbständig zu dem Besitzwillen hinzutretendes Moment, sondern nur ein Kriterium des Besitzwillens, ein Erforderniß, das schon mit dem Erforderniß des *animus* von selbst gesetzt und folglich aus dessen Wesen zu entwickeln ist.

In den Anfängen der römischen Besitzdoctrin mag das *corpus possessionis* eine primäre Rolle gespielt haben; allein jemehr sich die Theorie civilisirte, scheint die *possessio* immer idealer gefaßt worden zu seyn, und gewissermaaßen eine theilweise Emancipation von dem Sinnlichkeitsrequisit stattgefunden zu haben. Ich sage daher, daß nur in der Lehre vom Erwerb des Besitzes das Corpus-Element eine selbständige Bedeutung gewinnt, und daß man ungehöriger Weise, was vom Erwerb oder Anfang gilt, so verallgemeinert hat, daß es auch vom Wesen und Bestand des Besitzes zu gelten scheint. Auch in diesem Punkte treffe ich mit der neuerdings von Ihering[1] ausführlich dargelegten Ansicht zusammen.

## III.

## Eigenthumsbeschränkungen und das s. g. *pactum de non alienando*.

Zu § 494] A. Es gibt Beschränkungen des Eigenthümers in der Ausübung seines Rechts; dieselben sind entweder durch Rechtsgeschäft oder *ex lege* begründet. Zu den ersteren gehören die *jura in re aliena*. Die gesetzlichen Beschränkungen (*ex lege*) sind theils im öffentlichen Interesse theils im Privatinteresse begründet. Ueber die im öffentlichen Interesse begründeten s. den Cursus § 494.

1) Jahrb. IX, S. 155 ff.

Zu den im Privatinteresse begründeten gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen (auch als gesetzliche Servituten bezeichnet) gehören: 1) Verbot, auf seinem Grundstück so tief zu graben, daß des Nachbars Mauer unsicher wird[1]. 2) Verbot, eine Mistgrube (*sterculinium*) in schädlicher Nähe am Nachbargrundstück anzulegen[2]. 3) Gebot, bei Neubauten einen Zwischenraum (*legitimum spatium, intercapedo*) nach dem Nachbarhause hin frei zu lassen[3]. 4) Gebot, den vom Nachbargrundstück herüberdringenden Rauch, wenn er nicht unmäßig ist, zu dulden[4]. 5) Gebot, die Ausbauchung der Nachbarswand, sofern sie nicht 1/2 Fuß beträgt, zu dulden[5]. 6) Gebot, einen Nothweg gegen billige Vergütung einzuräumen[6]. 7) Gebot, Nachgrabung nach Metallen zu gestatten[7]. 8) Verbot, innerhalb der Städte die Häuser über eine gewisse Höhe hinauszuführen[8]. 9) Verbot, dem Nachbar die Aussicht auf das Meer zu verbauen[9]. 10) Verbot, durch Baulichkeiten dem Nachbar den für seine Dreschtenne nöthigen Luftzug zu rauben[10]. Besonderer Art sind 11) die Beschränkungen, welche durch Gewährung a) eines Anspruchs auf *cautio damni infecti*[11], b) eines Anspruchs auf Freihaltung von Baumschatten und bez. des *interdictum de arboribus caedendis*[12], c) der *actio ad exhibendum* wegen zufällig auf fremden Boden gerathener Mobilien[13], d) des *interdictum de glande legenda* auf Zulassung des periodischen Auflesens herübergefallener Früchte[14], e) der *actio aquae pluviae arcendae* wegen Störung des natürlichen Laufs des lebendigen Gewässers[15] begründet sind.

B. Ein *pactum de non alienando*, d. h. ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot, kann nicht dingliche Wirksamkeit gegen Dritte haben, weil hier dem Contract keine Tragweite über die Contrahenten hinaus zukommt, und eine Sache nicht durch *lex contractus* zu einer *res commercio exemta* werden kann. *Nemo paciscendo efficere potest, ne vicino invito praedium alienet*[16]. Nur obligatorische Wirkung kann es haben, nämlich 1) Klage gegen den zuwiderhandelnden Contrahenten auf das Interesse[17]; 2) Klage auf Erlegung der etwa verabredeten Conventionalstrafe.

Nur in Einem Falle müßte dingliche Wirksamkeit angenommen werden, wenn die Florentinische Lesart einer Stelle des Marcian[18] richtig wäre. Sie lautet: *Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit; et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita, ideoque veniri possit. Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.* Hiernach würde das pactirte Veräußerungsverbot dem Pfandobjekt einen Bann mit der Wirkung auflegen, daß Niemand dasselbe vom Pfandschuldner ins Eigenthum erwerben könnte ohne Genehmigung des Pfandgläubigers. Da nun dieser als solcher bereits durch die dingliche Pfandklage geschützt ist, so fragt man zunächst[19], welches Interesse er an solchem

---

1) *fr.* 24. § 12. *de dam. inf.* (39, 2). — 2) *fr.* 17. § 2. *si serv. vind.* (8, 5).

3) *fr.* 14. *de serv. pr. u.* (8, 2); *c.* 9. 11. 12. § 2. *de aed. priv.* (8, 10). Vergl. Schilling Instit. II. S. 498. 499.

4) *fr.* 8. § 5. 7. *si s. vind.* (8, 5) — 5) *fr.* 17. *pr. eod.*

6) *fr.* 14. § 1. *quem. s. am.* (8, 6). — 7) *c.* 3. 6. *de metallariis* (11, 6).

8) *c.* 12. § 1. 3. 4. *de aed. priv.* Vergl. Schilling *l. c.* S. 499.

9) *c.* 12. § 2. 4. *cit.* (Zeno) und *Nov.* 63. — 10) *c.* 14. § 1. *de serv.* (3, 34). Justinian.

11) *fr.* 7. 9. *de dam. inf.* (39, 2).

12) *quindecim pedes altius* (?): *fr.* 1. *pr.* § 7. *de arb. caed.* (43, 27). Vergl. Schilling *l. c.* S. 500. — 13) *fr.* 5. 9. § 1. *ad exh* (10, 4).

14) *tertio quoque die* (?): *fr. un. pr. de gl. leg.* (43, 28). Dazu *fr.* 1. § 22. *de aq. quot.* (43, 20) und *fr.* 236. § 1. *de V. S.* Vergl. Thibaut Civilist. Abhdl. No. 1. und im Arch. f. civ. Pr. I. S. 116 ff.

15) *Tit. Dig. de aq. pl. arc.* (39, 3). — 16) *fr.* 61. *de pact.* (2, 14).

17) *fr.* 135. § 3. *de V. O.* (45, 1). — 18) *fr.* 7. § 2. *de distr. pign.* (20, 5).

19) Vergl. Puchta Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XII. S. 220 ff. (Kl. civ. Schr. S. 663).

Veräußerungsverbot haben könnte. Ein Interesse kann allerdings begründet seyn[1]: der Pfandschuldner ist vielleicht ein sorgfältiger Mann, der dritte Erwerber könnte ein nachlässiger Mann seyn und das Pfandobjekt verschlechtern; oder die Durchführung der Pfandklage kann gegen den Pfandschuldner bequemer seyn, als gegen einen dritten Erwerber; der Pfandschuldner kann gegenüber der Pfandklage kein Retentionsrecht wegen Verwendungen geltend machen, wohl aber unter Umständen der dritte Besitzer; gegenüber dem Pfandschuldner verjährt die Pfandklage erst in 40, gegenüber Dritten schon in 30 Jahren; dem Pfandschuldner ist das *beneficium excussionis* (*personale*) versagt, während ein dritter Pfandbesitzer seit *Nov. 4.* den Kläger zuvor an den Schuldner und bez. die Bürgen verweisen könnte. Insofern kann allerdings gesagt werden, daß der Pfandschuldner durch Veräußerung des Pfandobjekts wenigstens indirekt die Lage des Pfandgläubigers verschlechtern würde, und daher würde ein *pactum de non alienando,* welches dazu beiträgt, den Uebergang der Pfandsache in die Hand Dritter zu verhüten, auch zur Vermehrung der Sicherheit des Pfandgläubigers beitragen.

Nichts desto weniger erheben sich gewichtige und nicht wohl zu beseitigende Bedenken gegen die Zulassung eines solchen *pactum de non alienando.* Es findet sich sonst nirgends auch nur eine Andeutung davon, daß ein solches *pactum* mit dinglicher Wirksamkeit eingegangen werden könne; es könnte nur auf Grund eines positiven Rechtssatzes anerkannt seyn, aber von einem solchen ist nirgends, auch nicht in obiger Stelle des Marcian die Rede. Hierzu kommt, daß der Text dieser Stelle aus mehreren Gründen Anstoß erregen muß, denn 1) der Ausdruck *hypothecam, pignus vendere* (*distrahere*) wird in den Quellen immer nur vom Pfandgläubiger, nicht vom Pfandschuldner, gebraucht, und mit Recht, weil der durch den Pfandgläubiger vollzogene Verkauf gerade auf den Pfandnexus des Objekts hinweist[2]; 2) das Argument in den Worten *quasi contra jus* ist nicht verständlich, denn welcher Rechtssatz könnte das seyn, gegen welchen ein solches *pactum* direkt verstieße, wenn es feststünde, daß ihm sogar dingliche Wirksamkeit zukomme? 3) Der Jurist fragt: *quid juris sit;* dann specialisirt er die Frage m. d. W. *an pactio nulla sit talis?* Darum muß es auffallen, daß dieser Frage die Antwort nicht entspricht: *nullam esse venditionem.* Concinn wird die Satzbildung nur, wenn als Antwort folgt: *nullam esse pactionem, ut venditioni stetur,* also eine Wortumstellung vorgenommen wird.

Bereits seit der Glosse ist diese Stelle Gegenstand des Streites. Accursius theilt aus Azo[3] mit, daß einige Handschriften die Lesart *pactionem* hätten[4]. Zwischen Bartolus und Baldus ward der Streit auf's Lebhafteste fortgesetzt, sogar zu Prügeln soll es darüber gekommen seyn[5]; man schickte nach Pisa, um den Text (der *Pisana,* d. h. *Florentina*) festzustellen; Baldus verfocht die Lesart: *pactionem.* Der Streit erneuerte sich zwischen Cujacius, welcher der Florentina treu blieb, und Donellus[6]; und in neuerer Zeit haben wieder Dernburg und Windscheid[7] für, Puchta und Böcking[8] sich gegen die Florentina erklärt[9].

---

1) Dernburg Pfandrecht II. S. 21.

2) Dernburg *l. c.* S. 25 citirt dagegen den Ausdruck *pignus emere* (*in fr. 12. de distr. pign.*), aber *emere* ist eben nicht *vendere*, und *emere* ist dort gleichfalls vom Pfandgläubiger gesagt.

3) *Lectura ad l. 3. C. de cond. ob caus. dat.* 4, 6. — 4) welche? ist unbekannt.

5) Gomez *ad fr. 7. § 2. cit.: tanta inter Bartolum et Baldum exarsit contentio, ut Baldus propterea fustigaretur.* — 6) *ad fr.* 135. § 3. *de V. O.* (45, 1).

7) Pand. § 172a. Anm. 8.

8) Pand. d. röm. Privatr. II. S. 193–5. — 9) Mommsen in seiner Digestenausgabe schlägt vor zu lesen: *certum est, nullam esse, nec impediendam esse venditionem, ut pactioni stetur.*

Der angenommenen Umstellung am Schluß der Stelle steht der Anfang entgegen: *pactum sit a creditore, ne liceat debitori,* und diese Worte sind durch die entsprechende Stelle der Basiliken bestätigt[1]; wenn also jene Lesart falsch ist, müßte die falsche Lesart zur Zeit der Basilikenabfassung schon verbreitet gewesen seyn. Und wir sind in der That genöthigt, dies anzunehmen. Zuerst hat *Janus a Costa*[2] dies ausgesprochen: *verba transposita sic omnino restituenda alias diligentius confirmabo*[3]*: si pactum sit a debitore, ne liceat creditori.* Andere und namentlich auch Puchta und Böcking sind dieser Vermuthung beigetreten.

Die ganze Stelle würde hiernach so lauten: *Quaeritur, si pactum sit a debitore, ne liceat creditori, hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita, ideoque veniri possit. Et certum est, nullam esse pactionem, ut venditioni stetur.* So gelesen, hat die Stelle nicht nur nichts Auffallendes, sondern sie enthält den bekannten, in der Zeit zwischen Gaius und Ulpian[4] festgestellten Rechtssatz, daß das Pfandrecht ein eventuelles Distractionsrecht enthalte, und dieses ein essentielles Element des Pfandrechts sei, daß daher ein Veräußerungsverbot nicht die beabsichtigte Wirkung habe könne, eine Distraction zu verhindern. Ulpian kennt diesen Rechtssatz[5]; wann ist er zur Geltung gekommen? Es liegt nahe, eben Marcian für die Autorität zu halten, durch welche er Geltung erhielt, denn, wie wir aus den Digestenexcerpten über Pfandrecht erkennen, war es Marcian's *liber singularis ad formulam hypothecariam,* welcher von größtem Einfluß auf die Fortbildung des Pfandrechts war. Wir vermissen ein Excerpt in den Digesten, welches über die Anerkennung des neuen Satzes Auskunft gibt. Lesen wir die Stelle so, wie zuletzt angenommen wurde, so haben wir ein solches Excerpt, und es erklärt sich zugleich dessen Stellung in dem Digestentitel *de distractione pignoris* und die (andernfalls auffällige) Anfügung an die unmittelbar vorher aufgeworfenen Fragen, welche gleichfalls den Fall der Pfanddistraction betreffen. Auch erscheint nun die Wendung: *an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita,* ganz treffend, indem Marcian damit andeutet, die Ansicht sei aufgestellt, es stehe hier eine Art Rechtssatz entgegen; Marcian bestätigt nun eben diesen Rechtssatz durch sein Ansehn (*et certum est*)[6].

Die Controvers hat ihren ganz besonderen Reiz; sie zeichnet sich aus nicht bloß durch das dogmatische Princip, welches dabei in Frage ist, sondern auch durch die quellen- und literärgeschichtliche Perspektive, welche unsern Blick auf die Basiliken, die Florentina, die Glosse, die Gegnerschaft des Bartolus und Baldus, des Cujacius und Donellus zurücklenkt; das Problem hat besonnene Forscher zu kühnen Emendationen gedrängt; ein räthselhafter Rest bleibt, man mag der florentinischen Lesart oder der vorgeschlagenen Emendation beipflichten.

---

1) *Basil. lib.* 25, *tit.* 7. *c.* 7. — 2) *Comment. ad Instit.* zu § 1. *quibus alienare* (2, 8).
3) wo? ist unbekannt. — 4) s. Cursus § 557.
5) *hoc jure utimur, ut liceat distrahere: fr.* 4. *de pignor.* (13, 7).
6) *Certo jure utimur* wird oft von Rechtssätzen der Jurisprudenz ausgesagt.

## LIV. Kapitel.

### II. Erwerb und Verlust des Besitzes.

(Zu § 496–499.)

### *Mutatio causae possessionis.*

Zu § 496] Für die Usucapion ist die *causa possessionis* wichtig, d. h. der Rechtstitel, unter welchem der Besitz angefangen hat und auf welchen er sich gleichsam stützt, damit die entstehenden Rechtswirkungen rechtlich motivirt erscheinen. Es ist möglich, daß der Besitzzustand fortdauert, aber eine neue *causa possessionis* an die Stelle der bisherigen tritt: dies kann geschehen, wenn eine neue Thatsache sich ereignet, von welcher der Besitz naturgemäß beeinflußt wird, z. B. wenn der *pro emtore* usucapirende Besitzer den wahren Eigenthümer abfindet oder von ihm die Sache geschenkt erhält[1]: in diesen Fällen liegt eine *mutatio causae possessionis* vor. Ohne den Eintritt einer solchen neuen Thatsache kann regelmäßig keine Veränderung des Besitztitels gedacht werden, weil dieser Titel eben auf thatsächlicher Voraussetzung ruht. Nur in den Fällen der *lucrativa usucapio*[2] wäre dies denkbar, denn bei dieser ruht Alles auf der einseitigen Willkür des Erwerbenden: der Wille desselben, zu usucapiren, entschied, *bona fides* und bez. Besitztitel waren indifferent; hier wäre daher an sich statthaft gewesen, zu sagen: es genügt, wenn der bisher aus anderem Besitztitel Besitzende nunmehr sich entschließt, *pro herede* zu usucapiren oder *ex fiducia* zu usurecipiren. Dem trat aber die Erwägung entgegen, daß das eine leicht mißbräuchliche und daher bedenkliche Steigerung des *favor lucrativarum usucapionum* sei, der doch an sich schon eine Anomalie enthielt[3]; es bildete sich daher in der Praxis der *Veteres* der seitdem oft wiederholte Satz: *a Veteribus praeceptum est, neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse*[4], d. h. wer aus anderem Grunde in Besitz der Sache gelangt war, konnte nicht durch bloße Willensänderung[5] sich in die begünstigte Lage eines *pro herede* oder *ex fiducia* Usucapirenden bringen.

Auf diese Fälle der *usucapio lucrativa* war jener Satz seiner eigentlichen Bedeutung nach eingeschränkt: dies erkennen wir namentlich auch aus der Hauptstelle über jenen Satz, worin Julian sagt: *Quod vulgo respondetur, ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, totiens verum est, quotiens quis sciret, se bona fide non possidere, et lucri faciendi causa inciperet possidere*[6].

Streng genommen konnte von einer *mutatio* in jenem Sinne dann nicht die Rede seyn, wenn es sich um Jemand handelte, welcher bis dahin gar nicht eigentlicher *possessor* war, sondern nur *alieno nomine* detinirte: *si is, qui apud me deposuit vel commodavit, eam rem vendiderit mihi, vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem*[7]. Dennoch erstreckte man die alte Regel auch auf Detentionsfälle: *Quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est: ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur. Et*

1) *Jul.* und *Paul. fr.* 2. § 21. *pro emt.* (41, 4). — 2) s. Cursus § 504 sub b.
3) Vergl. *Gai.* 2, 60 *i. f.* — 4) *Paul. fr.* 3. § 19. *de acq. poss.* (41, 2).
5) anders wenn eine neue äussere Thatsache zwischentrat: *Marcell. fr.* 19. § 1. *eod.*; *Jul. fr.* 6. § 3. *de precar.* (43, 26).
6) *fr.* 33. § 1. *de usurp.* (41, 3). — 7) *Paul. fr.* 3. § 20. *de acq. poss.* (41, 2).

*propterea responsum est, neque colonum neque eum, apud quem res deposita, aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse*[1]. In diesem weiteren Sinne namentlich konnten auch Fälle der *usureceptio ex fiducia* hierher gezogen werden, und jener Satz noch praktisch erscheinen, auch nachdem unter Hadrian[2] das Gebiet der *usucapio pro herede* beträchtlich eingeschränkt war.

Auf andere Fälle — außerhalb des Gebiets der *lucrativa usucapio* — darf jener Satz[3] nicht ausgedehnt werden, weil er da keinen Sinn hat, denn daß ein Usucapionsbesitzer sich nicht willkürlich einen anderen Besitztitel unterschieben kann, versteht sich von selbst und braucht nicht erst als eine besondere Regel formulirt zu werden, und daß der *detentor alieno nomine* nicht durch bloße Sinnesänderung sich zum *possessor* machen kann, sondern dazu wenigstens noch eine *contrectatio* vornehmen muß, beruht gleichfalls in allgemeinen Grundsätzen[4]. Außer diesen zwei Fällen einer vermeintlichen neueren Anwendung der Regel der *Veteres* hat man noch den Cassianischen Fall einer *donatio inter virum et uxorem* mit folgender Ehescheidung hierher gezogen, allein gleichfalls mit Unrecht, denn solchenfalls liegt überhaupt keine *mutatio voluntatis* vor, vielmehr will da der Beschenkte nach wie vor besitzen und für sich haben, und da keine Willensänderung hier indicirt ist, muß die Wirkung des Verbots beharren, bis eine neue Thatsache etwa hinzutritt[5].

## LV. Kapitel.

### III. Erwerb und Verlust des Eigenthums.

(Zu § 500—518.)

### I.

### *In jure cessio* und *mancipatio.*

Zu § 500] In den Formen der *in jure cessio* und der *mancipatio* bewegte sich seit ältester Zeit der private und regelmäßige Eigenthumsverkehr der Römer. Dort ist es die Vindication, hier der Gebrauch der Wage, welche als Spuren hohen Alterthums gelten können; so aber, wie sie in der historischen Zeit gestaltet waren, tragen sie durchaus den Typus einer civilisirten Verkehrsanschauung. Wie die altnationale Sponsionsform[6], so blieben auch die *in jure cessio* und die *mancipatio* nur römischen Bürgern zugängliche Formen (*jus proprium civium Romanorum*)[7]. „Die Mancipation als eine eigenthümlich römische oder doch italische Formalhandlung kam zugleich mit dem Dahinschwinden der römischen Nationalität mit und neben der *in jure cessio* außer Gebrauch; wie sie denn in dem griechischen und anderweitigen außeritalischen Verkehr nie Wurzel geschlagen zu haben scheint. Die letzten Erwähnungen der *mancipatio* finden sich in Rescripten von Diocletian, *Vatic. Fragm. 313, Codex Hermog. VII, 1* (welche Stelle auch die letzte

---

1) *Jul. fr. 2. § 1. pro herede* (41, 5). — 2) *Gai.* 2, 57.
3) trotz eines solchen incorrecten Erweiterungsversuchs des Cassius: *fr.* 1. § 2. *pro donato* (41, 6).
4) s. Cursus § 496. Abs. 2.
5) Vergl. v. Savigny d. Recht des Besitzes (7. Aufl.) § 7. S. 83—86; dazu Rudorff ebendas. S. 596—598. Unterholzner Lehre v. d. Verjährung I. § 100., und Thon (über *civilis* und *naturalis possessio*) im Rheinisch. Museum IV (1830) S. 109. Kuntze üb. d. *Nes Civitatis* in d. Münchner krit. Vierteljahrsschrift IX (1867) S. 520. 525.
6) *Gai.* 3, 93. — 7) *Gai.* 2, 65.

Erwähnung der *in jure cessio* enthalten mag) u. a. m., und in ein paar Constitutionen von Constantin[1]. In den Justinianischen Rechtsbüchern sind die Erwähnungen der *mancipatio* und *in jure cessio* planmäßig und durchgehends ausgemerzt und dafür, wo einfache Weglassung nicht anging[2], gewöhnlich die Worte *traditio*, bez. *cessio* substituirt" [3]. *Diocletian* sagt noch (im *Cod. Herm.*) „*donatione, mancipatione, vel in jure cessione transferre*" und schon Constantin's Söhne sprechen von „*jure mancipatio et traditio impleta*[4]. „Gerade bei Schenkungen scheint sich die *in jure cessio* am längsten erhalten zu haben und mit der Insinuationsform verschwunden, d. h. diese an jener Stelle getreten zu seyn" [5].

Den Ritus der *in jure cessio* beschreibt Gaius (2, 24) so: *apud magistratum populi Romani, velut Praetorem vel apud Praesidem provinciae is, cui res in jure ceditur, rem tenens ita dicit: Hunc Ego Hominem Ex Jure Quiritium Meum Esse Ajo! deinde postquam hic vindicaverit, Praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit*[6]; *idque legis actio vocatur, quae fieri potest etiam in provinciis apud Praesides earum.* Der Gegenstand des Actes mußte gegenwärtig oder durch ein körperliches Theilchen vertreten seyn[7]. Karakteristisch ist, daß die Initiative und Hauptaction dem Acquirenten zukam: auch in diesem Moment scheint jene römische Uridee zu pulsiren, daß *occupatio bellica* das Original aller Erwerbsgründe und das *emere* ein *sumere* sei[8]. Dasselbe ist vom

Ritus der *mancipatio*[9] zu sagen, welchen Gaius (1, 119. 121) so beschreibt: *Est mancipatio imaginaria quaedam venditio. Adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio ejusdem conditionis, qui libram aëneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, aes tenens ita dicit: Hunc Ego Hominem Ex Jure Quiritium Meum Esse Ajo, Isque Mihi Emtus Est*[10] *Hoc Aere Aëneaque Libra; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit quasi pretii loco . . . In eo solo praediorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personae serviles et liberae, item animalia, quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt; adeo quidem, ut eum, qui mancipio accipit, apprehendere id ipsum, quod ei mancipio datur, necesse sit; unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur. Praedia vero absentia solent mancipari.* Außer den Zeugen und dem *libripens* wird nicht selten als Mitwirkender der *antestatus* genannt; es ist aber zweifelhaft, ob derselbe ein siebenter Assistent, oder aber der Käufer selbst gewesen sei, sowie ob die *antestatio* am Anfang, oder am Schluß des Actes stattgefunden, und ob sie in einer Aufforderung an *libripens* und Zeugen (die Handlung vorzunehmen), oder aber an die Interessenten (zu sehen, ob Alles *rite* geschehen

---

1) *l.* 4. 5. *C. Th. de donation.* (8, 12). — 2) sie ging z. B. an in *fr.* 18. *de rei vind.* (6, 1).

3) v. Keller Grundriss zu Vorlesungen üb. Instit. u. Antiquit. (Berl. 1854—58) S. 34.

4) a. 355: *l.* 7. *C. Th. de don.* (8, 12).

5) Böcking Pandekten d. Röm. Privatrechts II. (1855) § 143. Anm. 34.

6) Dieses *addicere* bedeutet wohl nicht: zum Eigenthümer machen, sondern: constatiren, dass er Eigenthümer sei. Das *ajo* ist das eigentlich productive Moment.

7) *arg. Gai.* 4, 16, 17.

8) Vergl. Kuntze Lehre v. d. Inhaberpapieren S. 340. und im Archiv für deut. Wechselrecht u. Handelsrecht, VIII. (1859) S. 405—411.

9) Zu diesem Ritus vergl. Jeremias 32, 8—12. 44.

10) *Est* oder *Esto?* Für ersteres Ihering Geist d. R. R. II. § 46. Anm. 706 und Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 22. Für letzteres Bechmann Kauf I. S. 73. Dazu *fr.* 1. *de in d. addict.* (18, 4) und *fr.* 48. *de act. emti* (19, 1).

und der Act vollendet sei) bestanden habe. In der classischen Zeit wird ihrer nicht mehr gedacht.

Beide Formen hatten in der Anwendung ihre bestimmte Grenze, indem nur gewisse Sachen mancipationsfähig, nur selbständige Personen zur *in jure cessio* fähig waren. Gaius (2, 96) sagt: *sciendum est, his, qui in potestate, manu mancipiove sunt, nihil in jure cedi posse; cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet, ut nihil suum esse in jure vindicare possint.* Mit Recht bemerkt dagegen Böcking[1]: „der Grund galt eben so gut bei Mancipationen, bei welchen sogar auch das *ex jure Quiritium meum esse ajo* gerade zur Form gehörte, und bei Stipulationen u. s. w., die er doch nicht hinderte[2]; es muß also das Erforderniß der Verhandlung *in jure*, die Natur der *legis actio* im engern Sinne, den Grund der Unzulässigkeit jener Cessionen enthalten;" *cum olim, quo tempore erant legis actiones, in usu fuisset, alterius nomine agere non licere, nisi pro populo et libertatis causa*[3].

## II.

### Die *naturalis ratio* im System der Erwerbsgründe.

Zu § 506] A. Bestritten ist, ob, wie durch *traditio*, so auch durch andere unsolenne Apprehensionen einer *res nec mancipi* quiritarisches Eigenthum erworben werden konnte[4]. Böcking[5] sagt, „So schlichtet sich auch der Streit der Neueren darüber, ob die Occupation herrenlosen Gutes quiritarisches Eigenthum zu begründen vermocht habe, ursprünglich an sich nicht; aber das Herrenlose konnte dem Occupanten ohne Rechtsunförmlichkeit (Besitzstörung oder Delict) auch nicht entzogen werden, er konnte es daher durch ausdrückliche Zuerkennung durch den Staat, wo dazu die verfassungsmäßigen Gründe erfüllt waren, oder durch Usucapion quiritarisch erwerben; als man aber die naturalen Erwerbungen zur Begründung quiritarischen Eigenthums an *nec mancipi res* zureichend erkannte, war kein Grund mehr, die *occupatio rei, quae nullius in bonis esset*, in Betreff der Eigenthumsbegründung anders, als die Tradition der Sache, zu behandeln. Das durch die Occupation begründete *nostrum fieri* bezeichnen die Quellen weder ausdrücklich als quiritarisches, noch als bonitarisches Eigenthum: es war kein praktisches Bedürfniß, die Unterscheidung hier hervorzuheben: für den Erwerb durch Occupation von Immobilien hatte das Civilrecht seine eigene Theorie; die Occupation von Mobilien betraf in der Regel nur *nec mancipi res;* Ausnahmen, aber gewiß seltene, mochten derelinquirte *res mancipi* bilden, und daß deren Occupation quiritisches Eigenthum begründet habe, ist für die Zeit, in welcher es auf den Unterschied des *duplex dominium* ankam, nicht nachgewiesen".

Im Wesentlichen stimmt diese Ansicht überein mit der von Unterholzner[6], Zimmern[7] und Schilling[8] aufgestellten. Abweichend sind Hugo[9], Schweppe[10], Mayer[11] und v. Scheurl[12].

1) *l. c.* § 143. Anm. 29. — 2) *Gai.* 2, 87.
3) *Gai.* 4, 82. Vergl. übrigens v. Keller *l. c.* S. 30—34. und Leist *l. c.* S. 1—24. 126—198.
4) Vergl. Leist Ueb. d. Natur d. Eigenthums (1859) S. 60 ff.
5) Pandekten d. Röm. Privatrechts II. § 142. Anm. 8.
6) i. Rhein. Museum Jahrg. I. S. 132 ff. — 7) ebend. III. S. 348 ff.
8) Bemerk. üb. röm. Rechtsgesch. S. 58 ff. u. Lehrb. f. Institut. II. § 151. 152.
9) Röm. Rechtsgesch. S. 196 ff. — 10) Röm. Rechtsgesch. § 268. No. 8.
11) i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. VIII. S. 64 ff.
12) *Num juris gentium acquisitionibus dominium civile Romanorum effectum sit* (Erlang. 1836) p. 10 sq.

Wenn der Besitzer einer fremden Sache den Eigenthümer derselben abfindet durch Leistung der processualen *litis aestimatio*, so sollte nach Zimmern's[1] Ansicht immer bonitarisches Eigenthum entstehen; allein dies wäre (*in judiciis imperio continentibus*) nur dann richtig, wenn die Wirkung des Abfindens selbst ein processuales Moment wäre. Mit Recht erklären sich gegen jene Ansicht Unterholzner[2], Mayer[3] und Schilling[4]. Letzterer bemerkt, jener Fall werde dem Erwerb durch *traditio* gleich geachtet[5], und es sei daher nach Verschiedenheit des Falles, d. h. je nachdem das Streit-Objekt eine *res mancipi* oder *nec mancipi* war, bonitarisches oder quiritarisches Eigenthum erworben worden.

B. „In den Institutionen von Gaius werden die naturrechtlichen Erwerbungsarten, mit Ausnahme der *traditio*, erst nach den civilrechtlichen, nämlich II. § 66—79 vorgetragen. In einem anderen Werke von ihm aber, nämlich *Res quotidianae* oder *Aurea*, war, wie sich aus *fr. 1. pr. de acq. dom.* ergibt, aus dem Grunde, weil das *jus gentium* älter sei, als das Civilrecht, die umgekehrte Anordnung befolgt; und dieser haben sich auch die Verfasser der Justinianischen Institutionen (und, wie sich von selbst versteht, Theophilus auch in seiner Paraphrase) angeschlossen. In Ulpian's Fragmenten sind die naturrechtlichen Erwerbungsarten, mit Ausnahme der *traditio*, ganz übergangen“[6].

## III.

### Der Interimserwerb des redlichen Besitzers.

Zu § 509] Wenn eine Sache in die Hand eines redlichen Besitzers gelangt ist, stehen zwei Billigkeitserwägungen einander gegenüber. Die Billigkeit spricht für den Eigenthümer, welcher vielleicht ohne alle Schuld die Sache eingebüßt hat und wegen Unkenntniß des dermaligen Besitzers nicht in der Lage ist, sein Eigenthumsrecht zu verfolgen; die Billigkeit spricht anderseits auch für den redlichen Besitzer, welcher keinen Grund hat, seinem vermeintlichen Recht zu mißtrauen, seine Handlungen, seine Lebensweise so einrichtet, als wäre er der Eigenthümer der Sache, und vielleicht auch Mühe und Kosten auf sie in diesem Sinne verwendet. Diesen Billigkeitsconflikt zu lösen, hat das römische Recht auf anderem Wege versucht, als das germanische. Der germanische Rechtssinn ist eher bereit, den neuen redlichen Besitzer auf Kosten des Eigenthümers zu begünstigen; man kann sagen, das Eigenthumsrecht sei auf germanischem Boden nicht bis zu der Consistenz gediehen, daß es dem Interesse des redlichen Besitzers gegenüber Stand zu halten vermochte. Ein moderner Ausläufer dieser Rechtsanschauung ist der Handelsrechtssatz, daß die von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe veräußerten Mobilien durch Uebergabe in das Eigenthum des redlichen Erwerbers übergehen, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war[7]; innerhalb der gezogenen Grenze ist demgemäß jeder redliche Besitzer seines Erwerbs gewiß, und das ist Begünstigung des Verkehrs überhaupt.

1) a. a. O. S. 314. — 2) ebendas. V. S. 4. — 3) a. a. O. S. 49.
4) Lehrb. f. Inst. II. § 152. Anm. k.
5) *fr.* 46. 63. *de rei vind.* (6, 1); *fr.* 7. § 1. *de Public.* (6, 2); *fr.* 22. *pr. de act. rer. amot.* (25, 2); *fr.* 1. 3. *pro emt.* (41, 4).
6) Schilling Lehrb. f. Instit. II. § 151. Erinnerung.
7) Allg. Handelsgesetzbuch Art. 306. Noch stärker begünstigt der folg. Artikel den redlichen Erwerber eines Papiers auf Inhaber.

Anders das römische Recht; es begünstigt in ähnlicher Weise nur den Erwerb aus der Hand des Fiscus, und diese Gunst beruht auf dem einseitigen *favor fisci*[1]. Sonst bietet das römische Recht — abgeneigt, das Eigenthumsrecht von dem neuen Besitz absorbirt werden zu lassen — dem redlichen Erwerber nur zwei Vortheile dar: 1) die Möglichkeit, auf Grund eines Erwerbstitels nach kurzer Frist Eigenthum zu erlangen: solchenfalls schwindet die für den bisherigen Eigenthümer sprechende Billigkeit, wenn das Nichtverfolgen seines Eigenthumsrechts bloß in seiner Saumseligkeit begründet war; 2) die Möglichkeit, die Früchte der Sache zu genießen ohne die Gefahr der Ersatzpflicht. Die letztere gilt es hier besonders ins Auge zu fassen.

Wenn Jemand fremde Werthe in seinem Vermögen *sine causa* hat, unterliegt er der *condictio sine causa*, welche auf die Bereicherung geht; als Bereicherung gilt auch, wenn der Besitzer consumirt und diese Consumtion ihm Ausgaben erspart hat[2]. Ein ähnlicher Fall liegt vor, wenn der redliche Besitzer Früchte der fremden Sache consumirt und das ihn des Ankaufs von Nahrungsmitteln überhoben hat: er würde Entschädigung zu leisten haben. Von dieser Pflicht aber soll der redliche Besitzer frei seyn[3], er soll also ein Recht auf Consumtion haben.

Dieser Satz hätte einfach ausgesprochen und die Begünstigung des redlichen Besitzers hierauf beschränkt werden können; und in der That ist dies die Ansicht v. Savigny's[4]. Allein die röm. Jurisprudenz ist darüber hinausgeschritten, sei es um nur eine prägnante formale Grundlage für jenen Satz zu gewinnen, sei es um dem redlichen Besitzer außerdem den Vindicationsschutz zu verschaffen für solche Fälle, wo der Publicianische Schutz nicht ausreichend seyn würde. Die Jurisprudenz der Römer spricht vom Eigenthumserwerb des redlichen Besitzers; daß in den betreffenden Stellen das Wort *dominium* oder *proprietas* nicht vorkommt, ist kein Beweis dagegen; freilich auch kein Beweis dafür ist, daß gesagt ist: *fructus pertinent ad possessorem*, denn *pertinere* hat einen sehr dehnbaren Sinn[5]. Aber die Ausdrücke: *fructus possessoris sunt* und *fructus suos facit* sind in dem gegebenen Zusammenhange deutlich genug und nicht ohne Gewalt anders als vom Eigenthum zu verstehen. Das Schwankende und Problematische in mehreren Stellen erklärt sich wohl zur Genüge aus der nur allmählichen[6] Befestigung des Dogma's, welches, wie es scheint, zuerst durch Julian energisch ausgesprochen und durch Paulus zum Abschluß gebracht worden ist.

Noch African drückt sich sehr ungenau aus: *fructus praediorum consumtos suos facit*[7], denn was vernichtet wird, kann nur aufhören, nicht aber anfangen, Eigenthum zu seyn; der Jurist hat eben nur obigen Gedanken von Haftungsfreiheit aussprechen wollen. Auch Gaius drückt sich ungenau aus, wenn er sagt: *vituli statim pleno jure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii*[8], denn weder stehen diese beiden einander gleich Betreffs des Erwerbsmodus, noch kann das Recht des Ersteren *plenum jus* genannt werden.

---

1) Daher auch *bona fides* auf Seiten des Erwerbers nicht in Frage kommt.

2) *Si frumentum consumsit, pretium repetet. Paul. fr.* 65. § 6. *de cond. ind.* (12, 6).

3) Vergl. Göppert Ueb. die organ. Erzeugnisse (1869) S. 361 ff. Anders Ihering in s. Jahrbb, XII. S. 316.

4) D. Recht d. Besitzes § 22a. S. 315. Anm. 1. (*ed.* 7. S. 278). Ausgeführt bei Göppert *l. c.* S. 320 ff.

5) *fr.* 181. *de V. S.*

6) so schon Windscheid Pand. I. § 186. Anm. 12.

7) *fr.* 40. *i. f. de dom.* (41, 1). Die Worte bei Paulus in *fr.* 4. § 19. *de usurp.* (41, 3): *si consumti sunt* sind wohl mit Ihering (Jahrbb. XII. S. 328) in *si non summisit* zu corrigiren (Mommsen *Digest. Addidam. p. XXXVI.*). — 8) *fr.* 28. *pr. de usur.* (22, 1).

Julian, welcher zuerst das dingliche Recht des *jus in agro vectigali* principmäßig begründete, bezeichnete das Fruchtrecht des redlichen Besitzers so: *Porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est. Praeterea, cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus juris in percipiendis fructibus habent? cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint: sicut ejus, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt simulatque solo separati sunt*[1]. Gewiß ist, daß der Fructuar (durch Perception), der Emphyteuta (durch Separation) Eigenthum der Früchte erwirbt; indem mit diesen der redliche Besitzer verglichen wird, kann der Ausdruck *pertineant* auch nur Eigenthumserwerb ausdrücken sollen; und diese Auslegung hat um so weniger Zweifel, da in dem Anfang desselben Fragments durch denselben Ausdruck (*fundus ad socium pertinebit*) Miteigenthum bezeichnet ist. Ebenso deutlich drückt sich der Eigenthumserwerb des redlichen Besitzers in den Worten aus, welche von Paulus aus Julian angeführt werden: *Julianus ait, fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit, bonae fidei autem possessoris, mox, quam a solo separati sint*[2]. Auch hier ergibt sich durch den Vergleich, daß die Worte *fructus fieri possessoris* Eigenthumserwerb bedeuten.

Des Paulus eigne Darstellung stimmt damit ganz überein. Wenn er sagt: *Lana ovium detonsa nec usucapi debet, sed statim emtoris fit,* so kann das nur bedeuten: der redliche Besitzer erwirbt das Eigenthum der Wolle nicht erst durch Usucapion, sondern schon durch Separation. Am genauesten spricht sich derselbe Jurist in seinem Plautius-Commentar aus[3]: *Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est. Denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emtoris fiunt.* Der Besitzer wird hier dem Eigenthümer fast gleichgestellt und sein Recht ein Interimseigenthum genannt; wodurch das Interim sein Ende finde, ist nicht hinzugefügt; am nächsten würde der begünstigte Besitzer dem Eigenthümer gestellt seyn, wenn das Eigenthum weder *ipso jure* an den Eigenthümer zurückfällt, noch auch demselben eine selbständige Vindication auf die Frucht zugestanden wird, so daß der Besitzer nur dann zur Restitution verpflichtet ist, wenn er mit der auf die Hauptsache gerichteten Vindication in Anspruch genommen verurtheilt wird, diese *cum omni causa* herauszugeben. Ob dies die Ansicht der römischen Juristen gewesen sei, ist bestritten[4]. Daß in Bezug auf consumirte Früchte der Vindicant keinen Anspruch hat, ist schon bemerkt worden.

Als redlicher Besitzer wird der Besitzer betreffs des Fruchterwerbs so lange behandelt, als er nicht mit der Vindicationsklage in Anspruch genommen wird[5].

---

1) *fr.* 25. § 1. *de usur.* (22, 1). — 2) *fr.* 13. *de usufr.* (7, 1). — 3) *fr.* 48. *de dom.* (41, 1).
4) Vergl. Böcking Instit. II. § 151. Leist Natur d. Eigenthums S. 157 ff. von Scheurl Beitr. z. Bearb. d. R. R. I. S. 287 ff. Fitting Arch. f. civ. Prax. N. F. II (1869) S. 277.
5) *fr.* 25. § 2. *de usur.* (22, 1).

# LVI. Kapitel.

## IV. Schutz des Besitzes und Eigenthums.

(Zu § 514—522.)

### I.

### Zur Geschichte der possessorischen Interdicte.

Zu § 514] Die Frage nach dem Ursprunge der possessorischen Interdicte[1] kann unmöglich ganz getrennt werden von derjenigen nach der rechtlichen Natur des Besitzes, obschon die eigentlich historische Untersuchung unabhängig von dogmatischen Meinungen zu führen ist. Verstehen wir die Possessio als die *forma dominii,* so liegt es nahe, die Geschichte des Besitzes in die Geschichte des Eigenthums verflochten zu denken, allein es dürfte sich zeigen, daß dies nur in beschränkter Weise der Fall ist. Wo es sich um die Form der Rechtsverhältnisse handelt, pflegen polizeiliche Gesichtspunkte wichtig zu werden: in der That tragen die possessorischen Interdicte ohne Ausnahme Etwas von polizeilichem Karakter an sich, und es liegt gerade darin mit eine Erklärung des Umstandes, daß die possessorischen Schutzmittel in der Gestalt von Interdicten auftraten; doch können wir nicht bei diesem Element Beruhigung fassen, sondern müssen zu ermitteln trachten, wie und wo das hinzugehörige civilistische Element zu Tage tritt und die Brücke zu dem Eigenthumsinstitut schlägt.

An mehreren Stellen des römischen Systems treffen wir auf die karakteristische Erscheinung, daß Privatrechte sich langsam von einem criminalistischen Standpunkt aus entwickelt haben: so ist das Rechtsverhältniß zwischen Mündel und Vormund zuerst in Gestalt der *actio rationibus distrahendis*[2], das Recht des *mandans* zuerst in der Gestalt der *actio ex lege Aquilia* (*ex cap. II.*) aufgetreten. In der Geschichte unsres modernen Urheberrechts hat sich diese Erscheinung wiederholt. Es darf uns daher um so weniger Wunder nehmen, wenn wir Aehnliches in der Geschichte des Besitzinstituts finden.

Es scheint, daß in derselben zwei Phasen zu unterscheiden sind: wir können die eine die criminalistische, die zweite die civilistische nennen, und bemerken, daß diese historische Unterscheidung ziemlich zusammenfällt mit der dogmatischen von recuperatorischen und retentorischen Interdicten. Daß die ersteren sich früher entwickelten, als die letzteren, muß schon daraus geschlossen werden, daß bei jenen sich's um auffallendere und empfindlicher verletzende Thatsachen handelt, denn Entreißung ist totale Störung, und es ist klar, daß an Schutz gegen solche eher gedacht wird, als an Schutz gegen bloß partielle Störung. Retentionsschutz setzt eine bereits sehr entwickelte Vorstellung des Besitzbegriffs voraus. Bei den recuperatorischen Interdicten nun drängt sich vor Allem ein gewisses criminell-polizeiliches Moment auf: da wo die öffentliche Ordnung direkt oder indirekt interessirt ist, wird sich zuerst so viel juristische Reizbarkeit des Staats zeigen, als erforderlich ist, um die ausdrückliche Anerkennung eines Staatsschutzes herbeizuführen. Zu dieser Annahme verhältnißmäßig früher Entstehung des *interd. unde vi*

---

1) Vergl. neuerdings Bruns die Besitzklagen (1874) S. 17 ff. 168.
2) s. Cursus § 728.

stimmt, wie Herm. Witte[1] mit Recht hervorhebt, die Ordnung des prätorischen Edikts, welches, nach Ulpian's Bemerkung[2] das *int. uti poss.* anschlußweise auf das *int. unde vi* folgen ließ, und der von Ulpian angegebene Grund, welcher wohl nicht (mit Witte) als ein logischer, sondern als ein praktischer Gesichtspunkt zu verstehen ist, deutet eben jenen Umstand an, daß ein erlittener Besitzverlust dringender nach Hülfe ruft, als ein bloß befürchteter, und daß Präventivmaßregeln feinere und darum später reifende Rechtsgebilde sind, als die durch eingetretenen Schaden veranlaßten Entschädigungsmittel. Derselbe Gedanke liegt offenbar auch in der Voranstellung des Restitutionszwecks bei Pedius angedeutet: *Omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut, quod non possidemus, nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat, quod possidemus*[3]. — Schwerlich wird je genau zu ermitteln seyn, wie das *interd. de precario* sich in der geschichtlichen Zeitfolge zu jenem anderen recuperatorischen Interdict verhält, indeß liegt die Vermuthung nahe, daß es das älteste von allen sei, sofern es auf die alten Possessionsverhältnisse zurückweist, welche zwischen Patron und Clienten betreffs der Ueberlassung der Bodennutzung an Strichen des *ager publicus* bestanden und lange Zeit die Bedeutung staatswirthschaftlich typischer Lebensverhältnisse behaupteten. Dem Patron selbst stand die originäre *possessio* zu, der Client empfing abgeleitete *possessio;* als nun die Clienten in dem unabhängigen Bürgerthum zu verschwimmen begannen, mag sich das Bedürfniß eines besonderen Rechtsmittels zum Schutz der Patrone herausgestellt haben, welches aus dem Schoße des freien magistratischen Imperium heraus sich zu einem Interdict mit der Möglichkeit eines eigenen Gerichtsverfahrens entwickelte. Als dann in den bürgerlichen Wirren Gewaltakte gegen die Possession von Grundstücken allgemeinere Gefahr und häufigeres Vorkommniß wurden, konnte der Gedanke reifen, daß auch außer jenen alten publicistischen Grundverhältnissen, neben dem reinen Privateigenthum, ein Schutzmittel indicirt sei. So entschloß sich der Prätor, bei auffallenden Gewaltakten, unangesehen das Eigenthum, einzuschreiten; es ist aber klar, daß der delictmäßige Karakter der anlaßgebenden Thatsache hier das vorwaltende Moment war, und die Beziehung zum Eigenthumsinstitut noch im Hintergrund blieb.

Diese Beziehung aber mußte mehr hervortreten, wenn man sich entschloß, das Besitzverhältniß auch gegen partielle Störungen in Schutz zu nehmen: schon aus diesem Grunde liegt es nahe, zu vermuthen, daß der retentorische Besitzschutz faktisch aus dem Eigenthumsproceß herausgewachsen sei. Zwar streitet man darüber; v. Savigny hat auch betreffs des Ursprungs und Karakters der retentorischen Interdikte das Delictsmoment festgehalten, mit Recht aber führt Witte[4] dagegen aus: „Es handelt sich bei dem *int. uti poss.* gar nicht um eine Gewalt, die im Interesse der öffentlichen Ruhe und Ordnung ausgeschlossen werden müßte. Savigny hat in demselben Kapitel, in welchem er jenen Grund besonders betont, selbst ausgeführt, wie als *vis* im Sinne des Interdicts jede Handlung aufgefaßt werden müsse, durch welche die unbeschränkte Benutzung der Sache durch den Besitzer in irgend einer Weise gestört werde. Daß gegen eine derartige Verletzung des Besitzers als solchen schon zu den Zeiten der *legis actiones* selb-

1) *d. Interdictum uti possidetis* als Grundlage des heutigen *possessorium ordinarium* (1863) S. 44.
2) *fr.* 1. § 4. *uti poss.* (43, 17). — 3) *fr.* 1. § 4. *eod.* — 4) *l. c.* S. 40. 41.

ständige Rechtsmittel gewährt seien, ist auf das Aeußerste unwahrscheinlich. Es würde dies eine ausgebildete Theorie des Besitzes voraussetzen, wie sie selbst dem classischen Recht fremd gewesen ist. Denn noch zu den Zeiten der großen Juristen hatte der Besitzer nicht ohne Weiteres eine Klage gegen denjenigen, der ihn in seiner thatsächlichen Herrschaft über die Sache gestört hatte. Es mußte ein besonderes Verbot der Eigenmacht durch den Prätor vorausgegangen seyn . . . Nicht minder auffallend wäre ferner auch die gleichmäßige Anrede beider Parteien, wenn es sich um ein Rechtsmittel handelte, welches von vornherein gegen einseitigen Angriff gerichtet war. Als Schutzmittel gegen einseitige Rechtsverletzungen hätte es sicher die Form eines *interdictum simplex* erhalten. Dagegen findet die Fassung des Interdictes eine vollständig befriedigende Erklärung, wenn wir den Anschluß an das *vindicias dicere* festhalten". Mit dieser Auffassung stimmen die Aussprüche der römischen Juristen, wenn sie einfach erklärt werden, völlig überein, denn betreffs der *interdicta retinendae possessionis* finden wir wiederholt die Angabe, sie seien eingeführt worden zu dem Zwecke, die Parteirollen für den Eigenthumsproceß zu regeln. Gaius[1] sagt: *Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, quum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere, et uter petere debeat, cujus rei gratia comparata sunt Uti possidetis et Utrubi.* Ulpian sagt[2]: *Hujus autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata debet esse possessio a proprietate; fieri enim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc si res soli sit, in cujus possessione contenditur, ad hoc interdictum remittuntur.*

Hiernach ist die historische Wurzel der retentorischen Interdicte in dem Bedürfniß einer provisorischen Regelung des Besitzstandes für die Dauer des petitorischen Eigenthumsstreites zu suchen. Es galt, demjenigen, welchem eine Verabredung der Parteien selbst zur Seite stand, oder sonst die Situation günstig war, den Besitz einstweilen zu sichern, und dies war eine Sorge des proceßleitenden Magistrats; indem aber dem Begünstigten so die vortheilhafte Rolle des Beklagten in dem bevorstehenden Eigenthumsstreit gewährt wurde, lag indirekt schon ein Fingerzeig auf die Eigenthumsfrage darin, und man näherte sich der Idee, daß der Besitz ein Symptom des Eigenthums sei. So lange nun der Prätor in summarischer Erörterung, im Wege der eigenen Cognition, über das Provisorium entschied, blieb die Besitzfrage eine bloße Proceßfrage, und es konnte noch nicht vom Besitz als selbständigem Rechtsmoment geredet werden; dies trat erst hervor, als der Prätor sich „durch die Benutzung des Interdictenverfahrens von der Untersuchung der thatsächlichen Verhältnisse befreite" und nun einen (natürlich nur bedingten) Befehl an beide Parteien erließ, welcher das *vim fieri* untersagte. Hier trat der Besitz als ein selbständiges, rechtlich zu verhandelndes, Verhältniß hervor, und es wird seitdem klar, daß der Interdictenschutz im letzten Grunde nicht durch die Delictsfrage, sondern durch die Eigenthumsfrage motivirt ist. Wir münden mit dieser Betrachtung in jener Theorie ein, welche den dogmatischen Gehalt der Possesssio darein setzt, daß sie die Erscheinungsform des Eigenthums sei.

---

1) 4, 148. — 2) *fr.* 1. § 2. 3. *uti poss.* (43, 17).

## II.

## Die *Publiciana actio* im prätorischen Edikt.

Zu § 521] Nach der Ansicht Einiger[1] hat das Edikt zum Schutze des bonitarischen Eigenthümers nicht die *Publiciana*, sondern eine *rei vindicatio utilis* gewährt; indeß ist nirgends — auch nicht bei Gai. 4, 92 — gesagt, daß der bonitarische Eigenthümer hätte seine Intentio direkt auf *rem suam esse* stellen können, vielmehr umfaßt die Schilderung der *Publiciana* bei Gai. 4, 36[2] den Hauptfall des bonitarischen Eigenthums, nämlich Tradition einer *res mancipi* durch den Eigenthümer, schlechterdings mit.

Wie aber hat das Edikt sich über die zu schützenden Fälle ausgesprochen? Wir besitzen in den Digesten zwei Andeutungen darüber, welche nicht ohne Weiteres mit einander in Uebereinstimmung zu bringen sind. 1) Der Titel über die *Publiciana* beginnt m. d. W.[3]: *Ait Praetor: Si quis id, quod traditur ex justa causa non a domino, et nondum usucaptum petet, judicium dabo.* Aber so kann das Edikt unmöglich gelautet haben[4], denn weder läßt sich das Präsens *traditur* (statt *traditum erit*) in diesem Satzbau rechtfertigen, noch wird der Worte *non a domino* in den Ediktscommentaren oder in der entsprechenden Stelle der Institutionen[5] gedacht. 2) Im Ediktscommentar des Ulpian heißt es[6]: *Praetor ait: Qui bona fide emit. Proinde hoc sufficit, me bonae fidei emtorem fuisse, quamvis non a domino emerim.* Dieser Satz (*Qui bona fide emit*) bedarf natürlich der Ergänzung, und welche zu vermuthen sei, ergibt sich aus den Stellen, in welchen als Voraussetzung der *Publiciana* immer Tradition besonders ausgedrückt wird[7]; außerdem mußte der begonnenen Usucapion Erwähnung gethan seyn, worauf *fr. 9. § 5. 6* und *fr. 11* in dem Titel über die *Publiciana* hinzuweisen scheinen[8].

Die erste Ediktsstelle handelt allgemein von den Fällen der *traditio ex justa causa*, die zweite Ediktsstelle von dem Falle der *bonae fidei possessio* auf Grund Kaufs. Wir müssen also hier zwei verschiedene Aufstellungen des Edikts annehmen, und es fragt sich namentlich, wie die erstere der beiden zu reconstruiren sei. Neuerdings hat dies Lenel[9] in einer Weise versucht, welche sehr ansprechend ist und mannichfache früheren Versuchen entgegenstehende Bedenken fern hält. Er sagt: dies Präsens in *fr. 1.* erkläre sich durch die Annahme einer Interpolation: die Worte *quod traditur* seien an Stelle der ursprünglichen Worte *quod mancipatur* gesetzt worden, eine Interpolation, die sich auch sonst in den Digesten findet; auch das Wort *non* sei eingeschaltet, was erklärlich ist durch die Beseitigung des bonitarischen Eigenthumsbegriffs, welche die *Publiciana* auf das Gebiet der bloßen *bonae fidei possessio* einschränkte; aber gerade die Worte *a domino* mußten im ursprünglichen Edikt da stehen, wo dieses den schützen wollte, welcher durch Tradition *res mancipi* in bonitarisches Recht erworben hatte. Die zwei Ediktsstellen würden demnach so lautend zu denken seyn:

---

1) z. B. Mayer Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. VIII. S. 16 ff.

2) *datur haec actio ei, qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque omissa possessione petit; nam quia non potest eam ex jure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex jure Quiritium dominus factus esset; intendit, veluti hoc modo: Si quem hominem emit.*

3) *fr.* 1. *de Public.* (6, 2). — 4) Lenel Beiträge z. Kunde d. prät. Edikts (1878) S. 2 ff.

5) § 4. *J. de act.* (4, 6). — 6) *fr.* 7. § 11. *de Public.* (6, 2).

7) *fr.* 7. § 16.; *fr.* 9. *pr. eod.*; *fr.* 1. § 5. *de exc. rei vend.* (21, 3); *Gai.* 4, 36.

8) Lenel *l. c.* S. 12 ff. — 9) *l. c.* S. 31.

1) *Si quis id, quod mancipatur* (d. h. *res mancipi*) *traditum ex justa causa a domino et nondum usucaptum petet, judicium dabo.*

2) *Ei, qui bona fide* (*a non domino?*) *emit, si rem traditam sibi et nondum usucaptam petet, judicium dabo.*

Es hat kein Bedenken anzunehmen, daß der Publicianische Schutz in zwei Sätzen, für getrennte Fälle, ausgedrückt war; es ist möglich, daß der Prätor *Publicius* nur den ersten Fall berücksichtigte, und erst später der andere Fall, welchen Lenel mit Recht als eine kühnere Neuerung bezeichnet, gleiche Berücksichtigung erfuhr. Ebenso wenig hat es Bedenken, daß in der von Gaius mitgetheilten Proceßformel selbst „zwischen den beiden Functionen der *Publiciana* nicht unterschieden wird“ [1]. Die *actio* trat in zwei Formeln auf, aber beiden war gemeinsam, daß sie petitorische Formeln mit Usucapionsfiction waren, und Gaius legte auf dieses Gemeinsame den Nachdruck. Specialisirt würden die beiden Formeln lauten: 1) *Si quem hominem A. Agerius a domino emit et is ei traditus est etc.* 2) *Si quem hominem A. Agerius bona fide* (*non a domino?*) *emit et is ei traditus est etc.*

---

# Zweiter Abschnitt.

# Die Servituten.

---

## LVII. Kapitel.

### I. Die rechtliche Natur der Servitut.

(Zu § 523—529.)

### I.

### Die Voraussetzung und Grenze des Servitutbegriffs.

Bei der Betrachtung des römischen Servitutbegriffs erheben sich zwei Grundfragen, welche Anlaß geben, einen allgemeinen Karakterzug des römischen Rechts in deutliches Licht zu stellen. 1) Gehört es zu den Voraussetzungen der Servituten, daß die dienende Sache im Eigenthum eines Anderen steht? und 2) gibt es eine Schranke rücksichtlich des Inhalts, so daß gewisse Vortheile, die an sich denkbar wären als gesicherte Rechte eines Nichteigenthümers, nicht als Servituten formirbar sind? Die letztere Frage scheint weniger zweifelhafter Natur zu seyn, als die erstere, doch meine ich, daß in beiden Punkten von den Römern mit einem gleich entschiedenen Ja und aus ganz verwandten Gesichtspunkten geantwortet worden ist.

Der Naturalismus wird ein Nein vorziehen und folgendermaaßen argumentiren. Ad 1) Unter Umständen kann es einem Grundbesitzer darum zu thun seyn, irgend ein Grundstück, welches noch in Niemandes Eigenthum ist,

---

1) Lenel *l. c.* S. 47.

nur zu einem gewissen beschränkten Zweck zu benutzen, ohne daß er darum Willens ist, als dessen Eigenthümer zu gelten, z. B. darum nicht, weil er die Grundsteuerpflicht vermeiden möchte; er könnte also eine *servitus viae* in dem Sinne ausüben, daß er diese occupirt und sie sich für den Fall einer Eigenthumsoccupation durch Andere sichert. Warum wäre hier zu verlangen, daß er entweder gar nichts haben oder aber das Ganze, d. h. das Eigenthum nehmen soll? und jedenfalls entspräche hier ein Erwerb des Eigenthums nicht seinem Willen, der eben nur auf *via* gerichtet war! Noch läßt sich hinzufügen, die Annahme einer in sich selbst begründeten Servitut würde auch den Vortheil gewähren, daß es dann keine Schwierigkeit hätte, einem Servitutberechtigten seine Servitut auch für den Fall zu wahren, daß der Eigenthümer das Objekt derelinquiren sollte. — Ad 2) Der Naturalismus wird fortfahren: Und warum soll nicht jegliche Annehmlichkeit, welche überhaupt für ein Menschenkind denkbar ist, zur Servitut gestempelt werden können? z. B. das Recht, spazieren zu gehen. Warum da eine Schranke? Man lasse doch das menschliche Belieben auch hier in voller Freiheit! Es ist eine Einschnürung des Privatwillens, wenn ihm versagt wird, eine Servitut mit einem ganz beliebigen Inhalt zu errichten; es ist das ein Absolutismus, unter welchem die individuelle Mannichfaltigkeit ohne Nutzen leidet. — So der Naturalismus.

Gegen denselben läßt sich Folgendes aufstellen. Ad 1) Die Servitut ist ihrer Idee nach ein beschränktes Herrschaftsrecht; die Schranke seines Inhalts aber kann nicht in dem zufälligen Willen des Servitutberechtigten, sondern nur in dem Willen eines Anderen, nämlich des Eigenthümers, dessen primäres Recht eine objektive Schranke bildet, enthalten seyn; hiermit stimmt der Gedanke überein, daß eine Sache, bevor sie als Rechtsobjekt einem Fremden dienen kann, erst zu einem Rechtsobjekt überhaupt gemacht, d. h. Eigenthumsobjekt geworden seyn muß. Wenn Jemand sich überhaupt in ein Rechtsverhältniß zu einer Sache setzt, so schafft er eben damit ein Eigenthumsverhältniß; es braucht dabei die juristische Vorstellung des Occupanten durchaus nicht bestimmt und klar zu seyn: genug, daß er überhaupt eine Herrschaft will, und die bis dahin rechtlich indifferente Situation der Sache der Unterwerfung derselben unter diese Herrschaft keine Schranke setzt. — Ad 2) Wie man von einem höheren Standpunkt aus die Sklaverei als eine Ausnahme, die Freiheit als die Regel auffassen wird, so auch die *libertas rei;* die Servitut ist der Idee nach und auch statistisch gerechnet die Ausnahme. Ausnahmen aber dürfen nicht absolut begünstigt werden. Nur drückt allerdings der Servitutbegriff ein typisches Verkehrsverhältniß aus, aber eben, weil es ein typisches Verhältniß ist, fallen nur solche Fälle begründeter Maaßen unter dasselbe, in welchen ein regelmäßig wiederkehrendes Bedürfniß Befriedigung findet. Ein ernsthaft angelegtes System läßt nicht gern mit sich spielen, es wäre aber ein Spielen mit dem Servitutbegriff, wenn jegliche Laune dieses oder jenes Sonderlings irgend einen Einfall unter der Firma der Servitut zu verewigen vermöchte.

Zufolge dieser Sätze legt allerdings das System des Rechts dem menschlichen Willen, dessen Ausdruck doch überhaupt das Recht seyn soll, zugleich eine Schranke an und erinnert gleichsam den Willen daran, daß er sich nicht gehen lassen und in Ungebundenheit ausarten soll. Dieses Erinnern und Beschränken liegt ganz in der Art des antiken Geistes. Wie der hellenische Kunstgenius sich in tausend Schranken bewegte, wie der Geist der classischen Sprachen ein bestimmtes Maaß strenger Formen ertrug: so ist

auch die Kraft des römischen Rechts zum guten Theil gerade in seiner strengen und gebundenen Weise enthalten. Ein schrankenloser Geist hat noch nie Dauerhaftes geschaffen, nicht die ungebundene, sondern die gebundene Rede gilt als höchste Leistung des poetischen Genius, und im Metrum conserviren sich die plastischen Ideen der Meister am längsten und sichersten. Ich möchte darum jene Tendenz des römischen Rechts, für welche die angeführten zwei Sätze als Beispiele dienen können, das Gesetz des civilistischen Metrums nennen. Wir finden dasselbe allenthalben im classischen Recht der Römer ausgeprägt[1], dieses verdankt ihm seine durchsichtige Helligkeit, gedankenmäßige Greifbarkeit und prägnante Sparsamkeit, und an ihm erkennen wir die geschwisterliche Congenialität des hellenischen und italischen Volksthums, die Verwandtschaft des καλὸν κἀγαθόν und des *aequum et bonum*. Für dieses Gesetz in jener zweiten Anwendung (ad 2) läßt sich die bekannte Stelle des Paulus[2] anführen, für die erstere Anwendung (ad 1) besitzen wir kein direktes Zeugniß, ja man könnte sogar eine Bemerkung des Ulpian[3] auf den ersten Anblick für einen Beweis des Gegentheils halten. Der Jurist sagt hier, daß ein Sklave, welcher Gegenstand des Mißbrauchs sei, durch Freilassung nicht frei, sondern *servus sine domino* werde; solchenfalls ist allerdings ein *usus fructus* ohne die Basis einer *proprietas* vorhanden. Allein offenbar liegt beim Sklaven, welcher *jure naturali* frei und Person ist, die Frage anders, als bei anderen Objekten; eben dieses Recht, welches der Sklave *jure naturali* an sich hatte, bildete die Basis des beschränkten Rechts eines Anderen, gleichwie auch auf einer Naturalobligation ein vollwirksames Recht ruhen kann.

Die Wahrung des Metrums hat aber nicht bloß ideellen, sondern auch praktischen Werth, denn es hält Ueberladung und Verwirrung fern und gestattet eine sichere und controlirbare Anwendung des Rechts im Leben und im Gericht. Jede Servitut ist eine künstliche Verschränkung zweier Privatsphären und wird als solche leicht die Quelle von Streitigkeiten; besonders nahe aber läge diese Gefahr, wenn der Inhalt der Servitut durch launenhafte Einfälle bestimmt wäre. Das könnte zu allerhand Chikanen führen, woraus keine Förderung des Verkehrs, sondern nur Erbitterung der Gemüther entspringen würde, und es könnte zum Fallstrick für den Richter werden, welcher doch sichern Ganges die Linien seiner Meßkunst durch die so schon hinreichend complicirte Verkehrsfläche ziehen soll. Auch da müßten unentwirrbare Knoten entstehen, wo servitutartige Occupationen, d. h. Servitutbegründungen an eigenthumslosen Objekten, zugelassen würden; die Marksteine des Grundeigenthums, für deren äußere Ordnung immer mit Recht besondere Sorge getragen wird, würden im Bereiche der inneren Kriterien unkenntlich und unsicher werden. Man wird daher vorziehen, mit einem eigenen Rechtssatz für den Fall augenblicklicher Dereliction eines dienenden Grundstücks nachzuhelfen, d. h. entweder zu sagen, daß im Fall neuer Occupation die Servitut wieder aufleben soll, oder daß der Servitutberechtigte von selbst Eigenthümer des derelinquirten Grundstücks werden soll, statt um eines so seltenen Falles willen dem ganzen Servitutbegriff sein civilistisches Metrum zu rauben.

---

1) Vergl. z. B. Cursus § 577 sub b und Dernburg Pfandrecht II. S. 440. 496.
2) *fr.* 8. *de serv.* (8, 1): s. Cursus § 526. Abs. 2. — 3) *Fragm.* 1, 19.

## II.

## Die Grundregeln der Servitutenlehre.

Zu § 525. 526. 529] In den Quellen finden sich folgende allgemeine Grundsätze für die Servituten aufgestellt: 1) *Servitus in faciendo consistere non potest*[1]: zur Unterscheidung der Servitut als dinglichen Rechts von den Obligationen[2].

2) *Servitutis natura individua est*[3], d. h. die Ausübung (*usus servitutis*) kann nicht in Bruchtheile zerlegt werden; daher liegt in jedem, auch beschränkten Ausübungsakt eine Ausübung der ganzen Servitut, die in Frage ist[4], und kann eine Verpflichtung zur Servitutbestellung nicht durch Erbfall in eine Verpflichtung der mehrern Erben zur Bestellung *pro rata* übergehen[5]. Heinzelmann[6] nennt dies innere Untheilbarkeit der Servituten, weil noch in einem anderen mehr äußerlichen Sinne von Untheilbarkeit derselben geredet wird[7]. Nur der *ususfructus* wird als theilbar behandelt, weil der reelle Gewinn, welchen die Ausübung desselben gewährt, auf einfachem Wege quantificirbar ist, und die Bruchtheile des ermittelten Gewinnquantums wie Theile des Nießbrauchsrechts selbst behandelt werden können[8].

3) *Nulli res sua servit*[9], denn es kann Niemand, wozu er als Eigenthümer berechtigt ist, dazu außerdem noch unter einem anderen, abgeleiteten Rechtstitel berechtigt seyn; daher erlischt z. B., wenn der *dominus rei servientis* den Servitutberechtigten beerbt, die Servitut durch *confusio*, und diese ist eine von selbst eintretende Rechtswirkung der *hereditatis aditio*. Der Eigenthümer übt von da an den Inhalt der ehemaligen Servitut nicht als Servitutberechtigter, sondern kraft seines Eigenthums aus[10].

4) *Servitus servitutis esse non potest*[11]. Dies soll nicht den einfacher formulirbaren Satz, daß eine Servitut ein Recht an einer Sache und folglich nicht an einer Servitut bestellbar sei, ausdrücken, denn es wäre wohl denkbar, daß, gleichwie ein *pignus pignoris* anerkannt ist, auch der Kunstbegriff einer Afterservitut ausgebildet würde; vielmehr soll mit jenem Satze wohl eine Consequenz aus der Unveräußerlichkeit der Servituten gezogen werden. Die Servitut ist untrennbar von der berechtigten Person, bez. dem herrschenden Grundstück; Begründung eines absoluten (dinglich geschützten) Rechts an der Servitut würde aber wie eine theilweise Ablösung und Veräußerung wirken, entsprechend der ersten Begründung einer Servitut, welche für den *dominus rei servientis* auch die Bedeutung einer Veräußerung hat, so daß Paulus sagen konnte: *ususfructus in multis casibus pars dominii est*[12].

5) *Servitus non est, si nihil interest*, daher z. B. nicht eine Servitut des Inhalts bestellbar ist: der Nachbar dürfe nicht über sein eigenes Grundstück gehen, oder nicht darauf stehen bleiben, oder nicht die Nutzungen

---

1) *Pomp. fr.* 15. *de serv.* (8, 1).
2) Anwendungen dieses Satzes in *fr.* 4. § 5. *si serv. vind.* (8, 5); *fr.* 6. § 2. 6. 7; *fr.* 7. 8. *eod.*; *fr.* 19. § 1. *de usufr.* (7, 1).
3) *Pomp.* in dem Cramerschen Fragment und *Celsus* in *fr.* 6. § 1. *quemadm. serv. am.* (8, 6).
4) *fr.* 8. § 1. *quom. serv. amitt.* (8, 6). — 5) *fr.* 17. *de serv* (8, 1).
6) Die Untheilbarkeit der Servituten (1853). — 7) s. das Ende dieses Excurses.
8) *fr.* 5. *de serv.* (7, 1); *fr.* 19. *de usu* (7, 8).
9) *Paul. fr.* 26. *de serv. pr. urb.* (8, 2). — 10) s. Cursus § 544.
11) *Paul. fr.* 1. *de usu per legatum* (33, 2); dazu *Afr.* in *fr.* 33. § 1. *de serv. pr. rust.* (8, 3): *servitutis fructus constitui non potest.*
12) *fr.* 4. *de usufr.* (7, 1).

von seiner Sache ziehen. Nur dann kann ein derartiges Verbot als Servitut bestellt werden, wenn es dem Verbotsberechtigten unmittelbar einen Nutzen gewährt, z. B. die Servitut, *jus tibi non esse, in fundo tuo aquam quaerere*[1], sofern durch das Nachgraben und Abfangen des Wassers dem unterhalb Angesessenen das ihm sonst zufließende Wasser entzogen werden würde.

6) *Servitus civiliter exercenda est.* Diesen Satz führt Celsus[2] weitläufig aus; nicht überflüssiger Weise, denn eine solche Beschränkung des Servitutberechtigten in der Ausübung verstößt streng genommen gegen den allgemeinen Rechtssatz: *qui jure suo utitur, neminem laedit.*

7) *Perpetua causa servitutis esse debet*[3]. Auch dieser Satz kann aus dem oben s. g. Gesetz des civilistischen Metrums abgeleitet werden, denn an sich wäre es wohl denkbar, daß auch vorübergehende oder nur zufällig sich wiederholende Gewinnmöglichkeiten in den ständigen Rahmen einer Servitut gefaßt würden.

8) *Praedia debent esse vicina*[4]. Es kann dieser Satz auf denselben Grundgedanken, auf welchem der vorhergenannte beruht, zurückgeführt werden, denn außer dem Bereiche nachbarlicher Verhältnisse wird nur ausnahmsweise ein stetiges Interesse des Servitutrechts begründet seyn. Uebrigens ist der Vicinitätsbegriff nicht im engsten Sinne zu verstehen, sondern es gelten als Nachbargrundstücke alle in räumlicher Nähe gelegenen und gleichsam durch die Situation auf einander angewiesenen Grundstücke[5].

Die ersten drei Grundsätze sind logischer Art (*subtilitas juris*) und daher direkter Abänderung unfähig, sie müssen zu aller Zeit im römischen Recht gegolten haben. Die übrigen beruhen auf freier Entwickelung und gewissen allgemeinen Rücksichten der *aequitas* und *utilitas*, doch sind auch sie wohl in der Hauptsache immer festgehalten worden.

Die zwei zuletzt aufgeführten Sätze (Perpetuität und Vicinität) sind den Prädialservituten specifisch; rücksichtlich des Dogma's der Perpetuität ist zu bemerken, daß es sich in doppelter Richtung geltend macht: a) in Bezug auf das *praedium serviens;* die Wassergerechtigkeiten setzen nämlich *aqua viva* (d. h. auf dem Wege der Natur sich sammelndes und immer neu ersetzendes Gewässer) und *aqua perennis* voraus[6]; daher sind sie an *lacus, stagnum, cisterna* nur statthaft, wenn diese durch *viva aqua* gespeist werden[7]; b) in Bezug auf das *praedium dominans;* demgemäß ist die *servitus stillicidii* nur für Regenwasser, nicht aber für gelegentliches Spülwasser zulässig[8].

Das oben berührte Dogma der Servitut-Untheilbarkeit anlangend, so ist zu bemerken, daß dasselbe noch in einem weiteren Sinne verstanden wird, indem Fälle darunter begriffen werden, deren Princip nichts mit der Natur der Servitutausübung zu thun hat; diese Fälle werden so bezeichnet: *servitus pro parte* (*s. per partem*) *neque acquiri neque amitti potest.* Dies soll nicht bedeuten: die Servitut kann nicht zu einem Theil (so daß die Servitut selbst getheilt würde) erworben, aufgehoben werden, sondern: die Servitut kann nicht auf einen Intellectualtheil des (dienenden oder herrschenden) Grundstücks beschränkt seyn. Dies beweisen Stellen, wie von Ulpian: *Si quis partem aedium tradat vel partem fundi, non potest servitutem*

1) *Pomp. fr.* 15. *pr. de serv.* (8, 1). — 2) in *fr.* 9. *de serv. pr. rust.* (8, 3).
3) *Paul. fr.* 28. *de serv. pr. urb.* (8, 2). — 4) *Nerat. fr.* 5. *de serv. pr. rust.* (8, 3).
5) *cf. fr.* 23. § 3; *fr.* 38. *de serv. pr. rust.* (8, 3); *fr.* 5. 6. *si serv. vind.* (8, 5).
6) *fr.* 1. § 5. *de aqua quot.* (43, 20).
7) *fr.* 28. *de serv. pr. u.* (8, 2); *fr.* 1. § 4. *de fonte* (43, 22).
8) *fr.* 28. *de serv. pr. u.* (8, 2). Vergl. Ad. Schmidt in Bekker's Jahrb. d. gem. R. III. S. 261—3.

*imponere, quia per partes servitus imponi non potest, sed nec acquiri; plane si divisit fundum regionibus, et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, quia non est pars fundi, sed fundus*[1] — oder von Modestin: *pro parte dominii servitutem acquiri non posse vulgo traditur*[2]. Der Bezug des Wortes *pars* auf das Grundstück (*pars dominii*) wird in den Quellen häufig nicht besonders ausgedrückt[3], und dies gab Veranlassung zur Vermengung dieser Fälle mit denen, in welchen es sich um Untheilbarkeit der Ausübung handelt. Der Grund aber, warum Servituten nicht zu einem Intellectualtheil des *praedium serviens* oder *dominans* bestellt oder aufgehoben werden können, liegt darin, daß Intellectualtheilung keine Theilung der Sache (sondern eine Theilung des Rechts daran[4]), Servitut aber ein die Sache selbst ergreifendes, bez. an der Sache selbst haftendes Recht ist[5]; aus welchem Grunde das Servitutrecht auch geradezu als eine *causa* oder *conditio fundi* bezeichnet wird[6].

## LVIII. Kapitel.

### II. Die einzelnen Servitutarten.

(Zu § 530–540.)

### Die *servitus oneris ferendi.*

Zu § 535] Bei der *servitus oneris ferendi* gilt der Eigenthümer der dienenden Sache nicht bloß als zu einem *pati*, sondern je nach Umständen zugleich auch als zu einem Handeln verpflichtet, denn er hat dafür zu sorgen, daß die tragende Mauer immer tragfähig bleibe, also er hat die hinfällige Mauer zu repariren. Repariren ist ein *facere;* wie kann eine Servitut zum Handeln verpflichten? Ein auf ein Handeln des Anderen gehendes Recht ist immer obligatorischer Natur. Darum ist die *serv. oneris ferendi* eine anomale Servitut; nur ist dabei zu berücksichtigen, daß dieses Handeln nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck ist: die Servitut geht in erster Linie auf ein bloßes *pati,* aber damit nicht die Servitut durch Leichtsinn oder bösen Willen des Nachbars vereitelt wird, soll sie den ein *facere* enthaltenden Anhang haben; dieser in zweiter Linie stehende Inhalt trägt ein obligatorisches Element in die Servitut hinein: wir könnten ihn eine accessorische Obligatio nennen, welche mit dem Uebergange des *praedium serviens* auf neue Eigenthümer immer zugleich mit übergeht, mit Dereliction des *praedium serviens* zugleich auch erlischt[7].

Auch die römischen Juristen haben erkannt und anerkannt, daß hier eine Anomalie vorliege, denn Gallus verwarf aus diesem Grunde eben diese Reparaturpflicht[8], und Ulpian sagt im Gegensatz zu dieser Servitut von der sonst ähnlichen *servitus tigni immittendi: locum habet ad hoc solum, ut tigna suscipiat: quod non est contra genera servitutium*[9]. Uebrigens fand die

---

1) *fr.* 6. § 1. *communia praedior.* (8, 4). — 2) *fr.* 11. *de serv.* (8, 1).
3) z. B. von *African* in *fr.* 32. *de serv. pr. rust.* (8, 3). — 4) Vergl. Cursus § 444. 495.
5) Vergl. *Javolen* in *fr.* 13. § 1. *eod.: si totus ager itineri servit, servitus ita diffusa est, ut omnes glebae serviant,* und *Paulus* in *fr.* 23. § 3. *eod.: servitus omnibus partibus (i. e. corporalibus) debetur.*
6) *Cels. fr.* 6. § 1. *quemadm. serv. am.* (8, 6) und *Paul.* in *fr.* 23. § 2. *de serv. pr. rust.* (8, 3). — Vergl. Kuntze i. d. Heidelb. krit. Zeitschr. f. d. gesammte Rechtswiss. I. (1853) S. 554–560. und Girtanner in Ihering's Jahrbb. f. d. Dogmatik III. (1859) S. 268.
7) *fr.* 6. § 2. *i. f. si serv. vind.* (8, 5). — 8) *fr.* 6. § 2. *eod.* — 9) *fr.* 8. § 2. *eod.*

Anomalie der *serv. on. fer.* ihren prägnanten Ausdruck in der Intention[1]: *jus sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda*[2] — *actio competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat*[3] — und in der richterlichen Sentenz, welche die Reparatur ausdrücklich (bez. auch allein) auferlegt: *jubet adversarium judex emendare vitium parietis et idoneum praestare*[4]. Immer bleibt freilich das *pati* das herrschende, das *reficere cogi* das dienende Moment, daher Ulpian die confessorische Klage dieses Falls so bezeichnet: *haec actio in rem magis est, quam in personam;* eine leise Andeutung des obligatorischen Elements ist auch hier unverkennbar.

Wenn Böcking[5] meint, die Reparaturpflicht sei nur als ein dem *pati* immanentes Moment zu verstehen und widerstrebe daher nicht der Natur der Servitut, so ist das schon deßwegen nicht zutreffend, weil sogar die Art der Reparatur (*modus refectionis*) genau bestimmt seyn[6] und also selbständiger Streitgegenstand werden kann[7].

## LIX. Kapitel.

### III. Erwerb und Verlust der Servituten.

(Zu § 541—544.)

### I.

### *Receptio servitutis* (Servitutvorbehalt).

Zu § 541] Wie andere *jura in re aliena,* so kann auch eine Servitut ohne selbständigen Begründungsakt entstehen, indem die Begründung durch den Willen der Vertragsparteien unmittelbar mit der Eigenthumsübertragung verbunden und beides als Ein Akt behandelt wird: s. g. *receptio servitutis,* Servitutvorbehalt. Die Mancipation oder *in jure cessio* zum Zwecke der Veräußerung der Sache genügte solchenfalls, um zugleich die Servitut entstehen zu machen: aus der einen Solennität gingen die Veräußerung und die Servitutbestellung hervor; es bedurfte solchenfalls nicht noch einer besonderen Mancipation oder *in jure cessio* für Bestellung der Servitut, auch nicht eines besonderen Bestellungsaktes neben der (einfachen) Eigenthumstradition.

Man sollte nicht streiten, in welchem Augenblicke solchenfalls die Servitut als entstehend anzusehen ist, denn unmöglich kann sie entstehen, so lange der, welcher sie erwerben will, noch Eigenthümer ist: Niemand kann an eigener Sache eine Servitut haben[8]. Die Servitut kann folglich erst in dem Augenblicke entstehen, wo durch den Veräußerungsakt der Andere Eigenthümer, die Sache für den Veräußerer eine fremde wird.

Hiermit ist aber noch nicht gesagt, daß der Erwerber der Sache als der Besteller der Servitut anzusehen sei[9]. Ulpian scheint allerdings diese Auffassung des Vorgangs zu vertreten, wenigstens in Betreff des Pfandrechtsvorbehalts, denn er sagt, einen solchen Vorbehalt könne der kaufende *minor* nicht

---

1) s. Schmidt (v. Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III. S. 258. Anm. 23.
2) *fr.* 6. § 2. *eod.* — *actio contraria: jus tibi non esse me cogere: fr.* 8. *pr. eod.*
3) *fr.* 6. § 2. *eod.* — 4) *fr.* 7. *eod.*
5) Pand. d. röm. Privatr. II. § 160. Anm. 15. — 6) *fr.* 6. § 5. *eod.*
7) Ueber die verschiedenen Ansichten s. noch Sintenis Civilr. I. § 57. Anm. 4. Vangerow Pand. I. § 342. Ihering Jahrbb, f. d. Dogmatik X. S. 555. Mühlenbruch Arch. f. civ. Prax. XIV. No. 24. Windscheid Pand. I. § 211a. Anm. 3.
8) *fr.* 10. *comm. praed.* (8, 4).
9) So, wenn ich ihn recht verstehe, Windscheid Pand. I. § 212. Anm. 12.

bewilligen[1]; aber schon Paulus scheint Bedenken gegen diese Auffassung zu hegen, denn er bemerkt zu diesem Falle: *sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quaesitum est et ab initio obligatio*[2] *inhaesit*[3]. Auch widersprechen der Annahme, daß der Erwerber der Sache Servitutbesteller sei, die Quellenausdrücke: *imponit, injungit, detrahit, excipit, recipit, deducit servitutem,* welche nie vom Erwerber, sondern immer vom Veräußerer gesagt werden[4].

Halten wir nun zwar fest, daß die Entstehung der Servitut nicht eher als im ersten Augenblick, wo die Sache ihrem bisherigen Eigenthümer fremd wird, erfolgen kann: so muß doch diese Entstehung als Wirkung des Veräußerungsaktes gedacht werden. Indem der bisherige Eigenthümer unter Vorbehalt veräußert, beschränkt er seinen Veräußerungswillen, und der Erwerber erwirbt mit der dadurch gesetzten Beschränkung. Der Erwerb ist bedingt durch die Servitutentstehung, und der neue Eigenthümer erwirbt das Eigenthum gar nicht anders, als indem dem Willen des Veräußerers gemäß zugleich die Servitut entsteht. Der Veräußerer bestimmt die Modalitäten der Tradition (*legem traditioni dicit*)[5] und legt damit dem Traditionsobjekt eine Eigenschaft bei, die Eigenschaft des Dienens (*fundo legem dat*)[6]; das ist eine *privata lex,* welche ihre Wurzel in der Willenserklärung der Veräußerers hat und das Traditionsobjekt gar nicht anders an den Erwerber gelangen läßt, als mit der Servitut belastet[7]; nicht in einem späteren Augenblick, sondern in demselben Augenblick, wo der Empfänger der Sache der Eigenthümer derselben wird, wird der Veräußerer servitutberechtigt an derselben. Es ist allerdings etwas Besonderes, daß der veräußernde Eigenthümer hier eine Verfügung über seine Sache trifft, welche erst im Augenblick des Fremdwerdens derselben wirksam wird: ermöglicht aber wird dies durch unmittelbare Verknüpfung der *lex fundi* mit dem Veräußerungsakt, und erleichtert mag diese Vorstellung den röm. Juristen dadurch worden seyn, daß von Alters her die wirthschaftliche Vorstellung lebendig war, daß eine Servitut ein aus der Sache herausgelöstes Werthstück sei; warum sollte der Veräußernde nicht eine solche Parcelle gewissermaaßen von der Veräußerung ausnehmen können?! Diese Vorstellung ist nicht juristisch correct, aber wohl geeignet, als Hebel der vorher genannten Vorstellung zu dienen.

## II.

### Die Neubelastung einer *res usufructuaria.*

Zu § 541] Nichts hindert, daß an einer Sache, an welcher irgend welche, die Möglichkeit des *usus fructus* nicht ausschließende, Servituten bestehen, dann auch ein *usus fructus* bestellt wird; dieser *usus fructus* ergreift die Sache eben in dem Umfange, wie ihn das Verfügungsrecht des Eigenthümers noch zuläßt, d. h. unter Wahrung der älteren Servitut. Ob aber, nachdem ein *usus fructus* an der Sache bestellt ist, an derselben noch eine andere Servitut bestellt werden könne, fragt sich.

---

1) *fr.* 1. § 4. *de reb. cor.* (27, 9). — 2) *sc. pignoris.* — 3) *fr.* 2. *eod.*

4) Das Gewicht dieses Sprachgebrauchs wird dadurch nicht abgeschwächt, dass in dem alten Cessionsakt *in jure* der Erwerbende die die *lex privata* enthaltende Wortformel (zuerst) aussprach, z. B. *hec ego praedium ex jure Quiritium meum esse ajo excepto itinere.*

5) *fr.* 6. *pr. eod.* — 6) *fr.* 13. *eod.*

7) Vergl. Pernice Labeo I. S. 479.

Ulpian verneint diese Frage: *proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest*[1]; Paulus beschränkt diesen Satz: *nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat; veluti si talem servitutem vicino concesserit, jus sibi non esse altius tollere*[2].

Worin nun liegt der Grund dieses Unvermögens beider Interessenten? Man hat gesagt, der Satz rühre von der Natur der *in jure cessio* her, indem diese eine derartig einheitliche Handlung sei, daß sie nicht eine Betheiligung Dritter zulasse; für die Zustimmung eines Dritten zu der Erklärung des Cedenten sei kein Platz in dem Vindicationsritus der *in jure cessio*[3].

War das der Grund, oder war es der alleinige Grund, so wäre unerklärlich, a) warum nicht nach Zulassung unfeierlicher Servitutbestellungen dem Proprietar die Möglichkeit eröffnet worden wäre, andere Servituten neben dem Ususfruct (*consentiente usufructuario*) zu bestellen; und b) wie es für möglich erachtet werden konnte, unschädliche Servituten zu bestellen. Entscheidend muß daher ein anderer Grund gewesen seyn, und zwar ein solcher, worauf der Gesichtspunkt der Deterioration des Ususfructs hinweist.

Gerade der Ususfruct wird auf seinen Vermögensinhalt angesehen; jede Beschränkung desselben würde als eine Beschränkung des Ususfruct selbst erscheinen, jede Beschränkung aber einer theilweisen Veräußerung gleichkommen: Servitutveräußerung aber ist unzulässig[4]. Nur solche Servituten also, welche absolut keine Bedeutung für das Genießen des Objekts haben, können diesem noch neben dem Ususfruct auferlegt werden, und das selbstverständlich ohne daß es dazu der Einwilligung des Usufructuars bedarf.

Jene Schranke kann dadurch umgangen werden, daß der Usufructuar sein Recht zurückgibt und nach Bestellung der beabsichtigten anderen Servitut sich den Ususfruct erneuern läßt. Da hierzu formlose Akte genügen, kann Alles in Einem Athem geschehen.

## LX. Kapitel.

### IV. Schutz der Servituten.

(Zu § 545—548.)

### Die altrömische Servitutauffassung.

Zu § 545] Der Gedanke eines *jus in re aliena* ist kein einfacher und leichter; wie kann eine Sache zugleich mehrmals Rechtsobjekt, eine mehrfache dingliche Herrschaft gleichzeitig an demselben Objekt begründet seyn? Es wäre zu verwundern, wenn die Römer frühzeitig und rasch zu der feineren und scharfen Construction dieses Begriffs gelangt wären.

Die ältesten Servituten waren wohl die Rusticalservituten; es gab also eine Zeit, wo diese das einzige Beispiel der *jura in re aliena* waren. An ihnen muß die erste Begriffsentwickelung versucht worden seyn. Spuren des ersten Schrittes einer solchen lassen sich vielleicht nachweisen.

Die Rusticalservituten werden unter den *res mancipi* aufgezählt; als mancipationsfähige Gegenstände mußten sie sinnlichen Ausdruck haben, ähnlich dem Eigenthum, d. h. das *rem tenere* mußte im Mancipationsritus vollzieh-

1) *fr.* 15. § 7. *de usufr.* (7, 1). — 2) *fr.* 8. *eod.*
3) s. v. Keller Röm. Civilproc. § 24. a. E. Arndts Pand. § 179. Anm. 5.
4) Vergl. Zachariae Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XIV. S. 133. und Böcking Pand. d. röm. Privatr. II. § 162. Anm. 7.

bar seyn. Künstlicher klingt es, wenn die Servituten als *res incorporales* bezeichnet werden; aber wenn Ulpian es für angezeigt hält, zu bemerken: *loci corpus non est dominii ipsius, cui servitus debetur, sed jus eundi habet*[1], so deutet das offenbar auf eine rohere Auffassung zurück, die ihre Vertreter gehabt haben mag. Und es ist glaublich, daß es eine solche gegeben hat. Auch sonst spricht Manches für verhältnißmäßig späte Ausbildung der Personalservituten. Noch bis in die Zeit der classischen Jurisprudenz hinein hießen die Prädialservituten vorzugsweise Servituten[2]; es scheint, als ob man lange gezweifelt habe, den Usufruct (und die übrigen Personalservituten) als Servitut anzuerkennen. Durch die *custodia,* welche dem Usufructuar zufällt, complicirt sich das Rechtsverhältniß in einer Weise, daß es schwer denkbar ist, die älteste Zeit hätte sich bereits mit solchen Complicationen befaßt; das Interesse des Proprietars erscheint hierbei nicht anders gewahrt als durch Anerkennung einer Verbindlichkeit des Usufructuars, die detinirte Sache sorglich zu behandeln und für etwa verschuldete Schäden aufzukommen: so verknüpfte sich mit dem *jus in re* eine Obligatio; und diese Obligatio verlangte einen Maaßstab *ex aequo et bono*[3]. Alles das fügt sich nicht in das System des *strictum jus.*

Unter der Herrschaft des *strictum jus* konnte es also nur Prädialservituten geben. Wie aber wurden diese aufgefaßt, begründet, klagweise geltend gemacht? Vermuthlich so viel wie möglich als *res corporales,* denn die sinnlichen Vorstellungen sind immer die älteren, und der Vindicationsritus forderte sinnliche Evidenz. Diesem Erforderniß entspricht die für den Usufruct aufgestellte Klagformel gar nicht: *jus mihi esse utendi fruendi,* und doch stand die *actio de usufructu* an der Spitze als „das Original, nach welchem die Klagen für die übrigen Servituten nachbildungsweise geschaffen worden"[4], und Ulpian sagt ausdrücklich, die confessorische und negatorische Klage seien nach dem Vorbilde des *ususfructus* gebildet worden[5]. Da nun die Prädialservituten nicht schutzlos gewesen seyn können, bevor die Ususfructklage vorhanden war, muß eine andere Formel gegeben gewesen seyn, und zwar eine Formel, welche dem Vindicationsritus entsprach.

Hierauf bezieht Voigt die *vindicatio servitutum,* und er legt dieser eine andere Auffassung zu Grunde, als diejenige, welche in der *intentio, jus mihi esse,* lag. Er nimmt als ursprüngliche Anschauung der Prädialservituten an, daß derjenige Theil (des dienenden Grundstücks), an welchem die Servitut ausgeübt wurde, als gewissermaaßen ausgeschieden, als Objekt für sich galt und dem Servitutberechtigten nach Art des Eigenthums unterworfen wurde. Der Servitutberechtigte vindicirte hiernach mit den Worten: *Hunc ego rivum* oder *actum* oder *hanc ego aquam* oder *hoc ego iter ex jure Quiritium meum, meam esse ajo*[6]. Er sahe sein Recht als ein auch den Eigenthümer ausschließendes an. Diese Auffassung ist nicht correct, aber plastisch und populär. Man erblickte in dem speciellen Strich oder Raum, in welchem die Servitut ausgeübt ward, diese selbst; der, welchem sie bestellt werden sollte, ergriff, indem er diesen Strich ergriff, gewissermaaßen die Servitut selbst.

---

1) *fr. 4. si serv. vind.* (8, 5).

2) *Gai.* 2, 14; *Ulp.* in *fr.* 9. § 7. *i. f. quod. met. c.* (4, 2) und *fr.* 1. § 1. *de cond. trit.* (13, 3).

3) *fr.* 9. § 2; *fr.* 15. § 4. *de usufr.* (7, 1); *fr.* 1. § 3. *quemadm. usufr.* (7, 9).

4) Voigt Ueb. d. Bestand u. d. histor. Entwicklg d. Servituten und Servitutenklagen während d. röm. Republ. (Separatabdruck a. d. Ber. d. phil.-hist. Classe der Sächs. Ges. d. Wiss. 1874) S. 16.

5) *fr. 2. si serv. vind.* (8, 5): *De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quae ad usum fructum pertinent.*

6) Voigt *l. c.* S. 18. Aehnlich schon Durol i. Arch. f. civ. Prax. VI. S. 226 ff.

Freilich war diese Auffassung nicht correct, denn der fragliche Strich blieb doch immer *pars alieni fundi*, und sie schoß über das Ziel hinaus, denn der Servitutberechtigte sollte den dienenden Strich nicht überhaupt, sondern nur im Umfange des Servitutinhalts beherrschen; auch lag in vielen Fällen der Wille, die Mitbenutzung des Proprietars auszuschließen, in der That nicht vor. Der Servitutbegriff war in diesem Stadium, wenn ein solches anzunehmen ist, noch unentwickelt, er bewegte sich noch in den Lineamenten des Eigenthumsbegriffs. Man kann dafür anführen, daß die alte *usucapio servitutum*, welche später durch eine *lex Scribonia* abgeschafft wurde, ganz entsprechend war[1].

Voigt meint, als man anfing, Servituten anzuerkennen, welche nicht mehr, wie noch die *cloaca*, einen begränzten Theil des betreffenden Gesammtareals in Anspruch nahmen", z. B. die *servitus projiciendi* und *luminum*, habe sich die neue Anschauung gebildet, welche das ganze Grundstück als dienend vorstellte[2] und die Servituten unter die *res incorporales* verwieß: eine Anschauung, die zuerst beim *ususfructus* zu einer festen Klagformel (*jus esse fruendi*) führte.

---

## Dritter Abschnitt.

# Das Pfandrecht.

---

### LXI—LXV. Kapitel.

(Zu § 549—582.)

### I.

### Personal- und Realcredit.

Zu § 549. 550] Die ausgebildete Theorie des Pfandrechts ist jünger, als gewöhnlich angenommen wird: ihre Hauptbegründer mögen (nach Julian) Marcian und Papinian gewesen seyn; Marcian's *liber singularis ad formulam hypothecariam* bildet in den Digestenexcerpten den eigentlichen Grundstock der Lehre, wie sie uns als abgeschlossene Rechtsentwickelung in den Quellen vorliegt. Man kann fragen, wie eine verhältnißmäßig so späte Ausbildung der Pfandtheorie zu erklären sei, da doch der juristische Genius Rom's sonst mit den Grundlinien seiner Arbeit früher fertig ward. Die Antwort hierauf kann nur eine allgemein culturgeschichtliche seyn; wir haben es hier mit einer nationalen Inclination des Römerthums zu thun.

Dernburg[3] entwickelt anschaulich: „Die Bürgschaft beruht auf der Idee der Association, das Pfandrecht regelmäßig auf der eignen Vermögensstellung des Schuldners; das Pfandrecht bietet nur materielle, die Bürgschaft

---

1) Voigt *l. c.* S. 23. — 2) Voigt *l. c.* S. 57 ff. — 3) Pfandrecht I. S. 3—5.

auch moralische Garantien. Es ist karakteristisch für den Culturstand eines Staates, eines Standes, ob die eine oder die andere Art von Sicherstellungen überwiegt. Die natürlichste Caution ist offenbar die durch Bürgen, sie bleibt auf dem Gebiete des Obligationenrechts und operirt nicht mit fremden Mitteln. Es macht sich gleichsam von selbst, daß der Geldsuchende sich auf das Zeugniß von Genossen, die dem Capitalisten näher bekannt sind, beruft, daß diese sich neben dem Schuldner auf dieselbe Leistung verpflichten. Dadurch erhält denn der Gläubiger die erhöhte Garantie, welche eine größere Zahl der Schuldner gibt, die alle mit ihrer Person und ihrem Vermögen haften, es mindert sich die Gefahr, die durch den Vermögensverfall des Einen oder Anderen entstehen kann. Aber von nicht geringerem Werth ist die moralische Gewähr, welche dem Creditor das Eintreten von Bürgen gibt. Sie dienen ihm als Zeugen für die ökonomische und moralische Tüchtigkeit des Schuldners, und dies Zeugniß besiegeln sie — nicht mit einem Eid — sondern mit dem Einsatz ihres Vermögens, ihrer Freiheit, sie erscheinen als Wächter über die Loyalität des Schuldners und sind im eignen Interesse genöthigt, bei dem ersten Zeichen des Verfalls desselben Rechtsverfolgung zu veranlassen. Die Grundlage des Credits kann dieses Cautionssystem freilich nur in Verhältnissen bilden, in welchen der Einzelne größeren, geschloßnen oder freien, Associationsverbänden angehört; es muß das Bewußtseyn lebendig seyn, daß das Wohl des einen Gliedes für Alle wichtig ist; die Unterstützung durch eine eigenthümliche Standesehre darf nicht fehlen. Wo sich diese Verbände lösen, wo das Gemeingefühl weicht, und der Einzelne darauf angewiesen ist, isolirt und für sich den Anforderungen des Lebens entgegenzutreten, wird mit dem Mangel der Bereitwilligkeit zur Verbürgung das Bedürfniß nach anderen Sicherungsmitteln erwachen. Vor Allem wird dann das Pfandrecht in den Vordergrund gerückt. Wenn bei ihm keine Person in den Obligationsnexus eintritt, so verschafft es dem Gläubiger dagegen ein unwandelbares Recht an einem Vermögensstück, aus welchem er im Fall nicht rechtzeitiger Tilgung Befriedigung gewinnen kann. Auf künstlichem Wege wird daher mit den Vortheilen des Creditsystems und des Obligationenrechts die Sicherheit des dinglichen Rechts vereinigt. Allerdings gewährt diese Cautionsart nicht, wie die Verbürgung, Zeugniß für des Schuldners Redlichkeit und Tüchtigkeit, ja es liegt in ihr eher ein Gedanke des Mißtrauens, indem durch sie von vornherein ein Gegenstand der Execution für den Fall des Vertragsbruchs festgestellt wird; dafür aber ist die Verpfändung regelmäßig leichter und bequemer zu beschaffen, als Stellung von Bürgen, und mancherlei Rücksichten, welche naturgemäß auf die Bürgen zu nehmen sind, fallen hier weg. — Den Römern waren zur Zeit der Republik beide Rechtsmittel bekannt, jedoch in solchem Verhältniß, daß der Bürgschaft ursprünglich eine bei Weitem größere Bedeutung, als der Pfandversicherung, zugestanden war. Paßte doch dieses System vorzüglich für ein kleines in Stände gegliedertes Gemeinwesen, in welchem gentilicische und Familienverbindungen, Verbände der Tribulen, Genossenschaften von Coterien und Parteifreunden kräftig blühten, so daß dem wohlbeleumundeten Bürger nicht leicht Bekannte, Verwandte, politische Freunde fehlten, die für ihn einstanden“ [1].

Ob aus dieser genossenschaftlich geschloßnen und ständisch gegliederten Art des römischen Gemeinwesens allein oder auch nur vorzugsweise jenes

---

1) *Cic. de fin.* (5, 23).

Vorwiegen des Bürgschafts- vor dem Pfandwesen zu erklären sei, dürfte fraglich erscheinen, wenn wir daneben auf das ältere germanische Verkehrswesen blicken, wo wir auf der Basis eines mindestens ebenso kräftigen Genossenschafts- und Standestriebes doch eine Vorliebe zum Realcredit finden. Ich erkenne in jener alt und ächt römischen Vorliebe für die Formen des Personalcredits einen nationalen Karakterzug, welcher in den psychischen Zusammenhang des antiken Idealismus gehört[1]. Wie der antike Staat nicht auf dem Grund und Boden, sondern auf der Bürgerschaft (*civitas*) beruhte, wie das ganze Rechtsleben Rom's mehr eine personale, als eine territoriale Tendenz hatte, wie neben und über dem Sachenrecht der Römer sich verhältnißmäßig früh und reich das Obligationenrecht entwickelte, und der Geist des Obligationenrechts prototypisch für fast alle Seiten des damaligen Rechtslebens wurde[2]: so liebte es der römische Rechtssinn von jeher, sich an das ideale Element des menschlichen Willens zu wenden. In der Welt des Willens lag des Römers Heimat; hier lebte er sich am tiefsten hinein, hier operirte daher auch der römische Rechtssinn am liebsten; aus diesem Stoffe schuf er seine fertigsten und lebenskräftigsten Gestalten. Das Obligationenrecht aber lebt und webt in der Welt des Willens, mehr als ein anderer Theil des Rechtssystems, und die Bürgschaft, der potenzirte Personalcredit, gehört eben dem Obligationenrecht an. Es ist die Stellung der Person zur Person, des Mannes zum Manne, welche in der Bürgschaft zum edlen und eines freien Römers würdigen Ausdruck gelangt; die Natur mit ihren Gewährungen tritt hinter der Tugend des Mannes zurück, der Bürger hält sich an die Person: wie könnte er ohne Weiteres diese umgehend einzelne Stücke des dahinter liegenden Vermögens an sich ziehen? Das war kein nationaler Gedanke. Im Cursus[3] ist gezeigt, wie in der Verpfändungsidee auf den ersten Stufen ihrer Entwickelung noch das Princip des Personalcredits vorherrschte, und wie eigentlich erst in der Kaiserzeit — im Zusammenhang der beginnenden naturalistischen, späthellenischen Strömung — das Pfandwesen sich zum reinen und vollen Realcredit durcharbeitete; in der Geschichte des Proceßwesens ist bemerkt worden, wie spät erst der naturale Executionsmodus ausgebildet wurde[4]. Noch in einer Stelle aus Labeo sehen wir den Verkehrshang zum Personalcredit: *Cum colono tibi convenit, „ut invecta, importata pignori essent, donec merces tibi soluta aut satisfactum esset"; deinde mercedis nomine fidejussorem a colono accepisti; satisfactum tibi videri existimo, et ideo illata pignori esse desiisse*[5]. Karakteristisch ist die Ulpianische Wendung: *Si quis constituerit, se pignus daturum, cum utilitas pignorum irrepserit, debet etiam hoc constitutum admitti*[6]. Wir erkennen daraus, wie noch in so später Zeit das Pfandwesen, welches Jahrhunderte vorher „sich einzuschleichen" begonnen hatte, mehr wie ein fremdes Gewächs betrachtet wurde, und daß es sich mühsam, Schritt für Schritt, jeden Fußbreit Boden im römischen Gedankensystem erkämpfen mußte. Die Hypothek war im prätorischen Edikt fundirt, und trotzdem behielt für die prätorischen Cautionen die Bürgschaft immer ihr Monopol; noch zu Ulpian's Zeit galt: *Praetoriae stipulationes personas desiderant pro se intervenientium, et neque pignoribus quis neque pecuniae (vel auri vel argenti) depositione in vicem satisdationis fungitur*[7].

1) s. oben (Excurse) S. 417. — 2) s. unten (Excurse) Kap. 68.
3) s. Cursus § 550 a. E. — 4) s. oben (Excurse) S. 405.
5) *fr.* 14. *qu. mod. pign solv.* (20, 6). — 6) *fr.* 14. § 1. *de pec. const.* (13, 5).
7) *fr.* 7. *de stip. praet.* (46, 5).

Dennoch mußte in der Kaiserzeit das Pfandwesen Ausbreitung finden und die Neigung dazu wachsen; jemehr der Hellenismus eindrang, um so mehr Boden gewann auch die *hypotheca* neben der *fiducia*, und in der Justinianischen Codification spiegelt sich ein Zustand, in welchem die *fiducia* zum Punkt zusammengeschrumpft erscheint; dem wahren Zustand im Occident während des 2. und 3. Jahrh. n. Chr. dürfte dieses Bild schwerlich ganz entsprechen, wenn auch Paulus das *pignus* gleich dem *fidejussor* als *idonea cautio* bezeichnet[1] und sagt: *cautum intelligitur, sive personis sive rebus cautum sit*[2], und bereits Pomponius gesagt haben soll: *plus cautionis est in re, quam in persona*[3].

## II.

### Die *Cautio praedibus praediisque* und die Prädiatur.

Zu § 556] Ein in neuerer Zeit vielfach behandeltes Rechtsinstitut ist die Prädiatur. Dasselbe gehörte zwar dem publicistischen Gebiet an, scheint aber das Vorbild für das dann im Privatrecht dem Pfandgläubiger eingeräumte Verkaufsrecht gewesen zu seyn, in ähnlicher Weise, wie die *bonorum emtio* im römischen Concurswesen sich nach dem Vorbild der *bonorum sectio* gestaltete. Das Verkaufsrecht, welches später als das eigentliche entscheidende Recht des Pfandgläubigers galt, ist nicht etwa aus der bei der Fiducia frühzeitig vorkommenden *lex commissoria*[4] hervorgegangen, welche auf einer ganz anderen Idee beruht.

Die Prädiatur aber hängt eng mit dem alten Staatspachtungssystem der Römer zusammen, vermöge dessen der Staat alle seine wirthschaftlichen Functionen nur mittelbar, nämlich durch Verdingung an Privatunternehmer (*redemtores*) erfüllte. Jeder Tempel, jegliches öffentliche Gebäude, welches zu unterhalten und zeitweilig zu repariren war, hatte seinen stereotypen Pachtcontract (*lex Censoria — lustrum*), und es bestand der Gebrauch, daß dieselben Unternehmer, d. h. dieselben Gesellschaften, immer auf's Neue, nämlich nach Ablauf der Quinquennalperiode, den Pacht zugeschlagen erhielten. So wurden alle Finanzeinrichtungen der Römer beinahe zu erblichen Rechten der reichen Familien. Zur Aufbringung des erforderlichen Capitals und Stellung genügender Sicherheit für den Staat bildeten sich aus den unternehmenden Capitalisten große Gesellschaften, an deren Spitze und in deren Namen ein s. g. *Manceps* auftrat. Neben diesem aber galten alle Gesellschafter mit als dem Staat verhaftet für die richtige Abführung der fälligen Pachtzinstermine und sie hießen als solche *Praedes*[5].

Aber auch außerdem kam im ganzen weiten Gebiet publicistischer Verpflichtungen, und vielleicht überhaupt am frühesten bei Steuerpachtungen[6] die *datio praedum* vor. „Auf dem Gebiete des Staatsrechts sehen wir die *cautio praedibus praediisque* bis in die Kaiserzeit hinein in beständigem Gebrauch. Wo das Volk auf irgend eine Weise als Gläubiger erscheint, wird ihm durch Bürgen (und Güter) cavirt. So z. B. wenn der Staat Privaten Geld lieh[7]; so mußte der wegen Peculat Verurtheilte *praedes* stellen, um die Exe-

---

1) *fr.* 59. § 6. *mandati* (17, 1). — 2) *fr.* 188. § 1. *de V. S.* — 3) *fr.* 25. *de R. J.*

4) s. Cursus § 551. und § 563 sub b).

5) Vergl. Fechner i. Philologus (1859) S. 241. Ferner: Hilse *de praedibus, eorum indole, origine et historia* (ed. 2. *Berol.* 1866).

6) so Heyne *De jure praediatorio* (*Lips.* 1752) § 4. 9.

7) *Liv.* 22, 60; *Tac. Ann.* 6, 17.

cution abzuwehren[1]; wegen einer von einem Volkstribun irrogirten Mult werden *praedes* verlangt[2], wie in dem Plebiscit auf der Bantinischen Tafel (*c. 2*) von den dem Gesetz Zuwiderhandelnden; ebenso bei Pacht und Kauf vom Staate, bei Uebernahme von Leistungen an den Staat u. s. w.“[3] Wenn außerdem in civilprocessualer Anwendung *praedes* vorkommen, so ist dazu zu bemerken, daß hier gleichfalls ein publicistischer Zusammenhang gegeben war: denn bei Constituirung der *legis actio sacramento* geschah die *datio praedum*, welche, seitdem die dem *sacrarium* gehörige Sacramentssumme nicht mehr deponirt, sondern angelobt wurde, nöthig war, im Interesse des Staats, und bei Zusprechung des interimistischen Besitzes an den einen der Litiganten in der *l. a. sacramento in rem* hatte die erforderliche Bürgenstellung wohl den Sinn, daß durch magistratische Zusprechung im Grunde der Staat selbst dem künftigen Sieger wegen Herausgabe der *lis et vindiciae* verantwortlich schien[4].

Offenbar hat die hellenistische Praxis des Steuerpachtswesens mit ihrer strengen Haftung und Realcreditneigung[5] Vorbild und Anstoß gegeben, und wenn dies richtig ist, so erweitert sich die längst feststehende Annahme, daß die römische *hypotheca* ein griechisches Muster gehabt habe, zu der Annahme, daß überhaupt die Idee des Realcredits eine von Griechenland her in Rom recipirte war, und selbst das publicistische, wie das civilistische Pfandinstitut einen den Römern fremden Ursprung hatte. Zu den wichtigsten Zeugnissen über die *cautio praedibus praediisque* gehören *Festus v. Manceps*, das Ackergesetz v. J. 111[6] und das Stadtrecht v. Malaga im 60. u. 63. Abschnitt. „Wie in Rom, so auch in den Municipien. Die 63. Rubrik des Stadtrechts von Malaga schreibt die Art und Weise vor, wie die Verdingungsbedingungen, Preisbestimmungen, Bürgen und Pfänder verzeichnet und bekannt gemacht werden sollen. Eine solche *tabula publica locationis*, der bekannte Bauverdingungsvertrag von Pozzuoli, ist uns erhalten worden[7]. Die Güter sind auf der Tafel nicht verzeichnet: sie sind noch gar nicht subsignirt; erst wenn sie es seyn werden, wird die erste Rate des vertragsmäßig festgesetzten Preises ausbezahlt werden. Diese *lex parieti faciundo Puteolana* ist auch deshalb interessant, weil das Verhältniß des allgemeinen Schemas zum concreten Vertrag sich darin besonders prägnant gestaltet“[8].

Ursprünglich hafteten diese *praedes* mit ihrer Person. Der Staat hielt sich, wie er sich an die Person des Hauptschuldners hielt, so auch an die Person der Bürgen, und so lange die alte Strenge der Obligation *jure nexi* in Kraft war, blieb der Credit ein reiner Personalcredit. Als aber in der allgemeinen Rechtsanschauung das Vermögen sich von der Persönlichkeit abzulösen begann, und die alte Kraft des *nexum* durch die *lex Poetelia* beseitigt war, entstand auch für den Staat das Bedürfniß, sich nach neuen Sicherungsmitteln umzuthun: er suchte sich bestimmter Grundstücke der Bürgen zu versichern und nahm dann nur solche Bürgen an, welche einen noch nicht verpfändeten Grundbesitz (*soluta praedia*) hatten. Zwar kam es noch immer

---

1) *Liv.* 38, 58; *Gell.* 6. 19. — 2) *Gell. l. c.*

3) Rivier Untersuchungen üb. d. *cautio praedibus praediisque* (Berl. 1863) S. 32.

4) so Stintzing Heidelb. krit. Zeitschr. III. (1856) S. 355; abweichend Rivier a. a. O. S. 23. 33. Eine ausführliche Zusammenstellung aller Anwendungsfälle findet sich bei Bachofen Pfandrecht I. S. 217 ff., Mommsen Stadtrechte von Salpensa und Malaca S. 467 ff. und Rivier a. a. O., S. 33—49.

5) Rivier *l. c.* Anm. 47. u. 102. u. S. 26. 27. 32.

6) Cap. 19: Assignation und Verkauf africanischer und korinthischer Domainen, Pacht von Ländereien. Vergl. oben (Excurse) S. 225.

7) abgedruckt bei Mommsen *Inscript. Regni Neapol. No.* 2458.

8) Rivier S. 44.

vor, daß ohne solche Verpfändung Bürgen zugelassen wurden, und es werden demgemäß nicht selten *praedes* ohne *praedia* erwähnt[1]; allein Verpfändung ohne Verbürgung kam niemals vor; „so oft wir in den Quellen von *praedia subsignare* lesen, müssen wir ein Bürgschaftsverhältniß darunter verstehen; denn dem Staat, wie dem Prätor und zu Rom, wie in Griechenland, muß durch Bürgen Sicherheit geleistet werden, und der Hauptschuldner ersetzt durch Verpfändung eigener Grundstücke die Verpflichtung eines Bürgen nicht, sowie auch derjenige, welcher *praedia* für einen Staatsschuldner subsignirt hat, kein andrer seyn kann als ein *praes*"[2].

Die Verpfändung solcher Grundstücke für den Staat gewährte demselben die Sicherheit, daß er auch im Fall des Insolventwerdens und Veräußerns Executionsobjekte behielt, und sicherte außerdem die Bequemlichkeit eines einfacheren Executionsverfahrens[3]. Die Verpfändung wurde mit *praediis cavere*[4], *praedia dare*[5] oder *praedia subdere subsignare obligare,* gewöhnlich einfach mit *praedia subsignare*[6] bezeichnet, häufig aber Verbürgung und Verpfändung zusammen genannt: *praedibus praediisque cavere, praedes praediaque dare,* oder *praedes dare praediaque subsignare*[7]. Der Ausdruck *subsignatio* (Verpfändung, Verschreibung, Intabulation) rührte daher, daß die vom Magistrat concipirte Schuld- und Bürgschaftsurkunde, in welche die verpfändeten Grundstücke mit eingetragen wurden, vom Schuldner und seinen Bürgen unterzeichnet wurde; die Verbürgung selbst geschah durch Sponsion[8], während für die Verpfändung diese *subsignatio* der entscheidende Act war[9]. Cavirt wurde dem Consul, Censor, Prätor, Aedil, Quaestor, Tribun, welcher für die einzelne Sache competent war, in der Kaiserzeit in der Regel den *praefecti aerario*[10].

Bestritten ist sowohl, welches die Stellung des Hauptschuldners (*manceps*), als auch, welches die Lage der subsignirten Grundstücke war. Nach Mommsen[11] haftete der Hauptschuldner selbst gar nicht; nach Hugo[12] u. A. wurde der Staat Eigenthümer der *praedia sub pacto fiduciae:* beides aber ist unhaltbar. Vielmehr haftete der Hauptschuldner *ex sponsione*[13], wenn es auch vielleicht Usance war, ihn nicht selbst in Anspruch zu nehmen, und die subsignirten Grundstücke hafteten nur *loco pignoris*[14].

Aus der Zeit der persönlichen Haftung, wo der *praes* gerade wie ein *judicatus* oder *nexus* haftete, war der Ausdruck *praedum venditio* geblieben, welcher noch die spätere Vermögensexecution bezeichnete, wie sie für die Eintreibung der Staatsschulden überhaupt bestand. „Das republikanische Aerar erspart sich die Weiterungen der Execution und des Concurses durch die Cession (*venditio*) eines solchen Geschäfts an Publicanen gegen eine baare Licitationssumme"[15]. „Das ist der Grundgedanke der *praedum venditio.* Wie die Hypothek des Staats auf Gütermassen insolventer Staatsschuldner an den *Sector,* und die der Privatgläubiger an den *bonorum emtor* verkauft wurde, so verkauft auch der Staat seine executive Forderung auf das Gesammtvermögen der Bürgen, eventuell der Cognitoren und sein Pfandrecht auf die subsignirten Grundstücke an den Prädiator"[16].

---

1) *Lex repetund.* 17; *Liv.* 38, 58. 60; *Gell.* 6. 19. — 2) Rivier S. 27.
3) Zimmermann *De notione et historia cautionis praedibus praediisque.* (*Halle* 1859.) p. 19.
4) *Tac. Ann.* 6, 17. — 5) *lex agrar.* 47, 84. — 6) *apud aerarium: Cic. pro Flacco* 32.
7) *lex agrar.* 4, 5. — 8) *Varro de L. L.* 6, 74. — 9) Rivier S. 57.
10) Rivier S. 60–62. — 11) Stadtrecht von Malaga S. 471.
12) Röm. Rechtsgesch. 9. Aufl. S. 449. — 13) *Fest. v. Manceps* und *Praes.*
14) *Varro* 5, 40; *Scholia Bobiensia* zu *Cic. pr. Flacc.: Orelli II,* 244. Vergl. Rivier S. 72. 81. 99.
15) Rudorff Röm. R.-Gesch. II. S. 308. — 16) Rivier S. 96.

Zu dieser *praedum venditio* gehört die Prädiatur, worüber Rivier[1] Folgendes bemerkt: „*Publicanus* im weitern Sinne ist bekanntlich ein Jeder, welcher mit dem Staate, *populus, publicum, res publica,* Geschäfte macht, und zwar als Gewerbe[2]. So der Pächter öffentlicher Nutzungen, der Uebernehmer von Leistungen an das Gemeindewesen, der Steuerpächter, welcher in einem engeren technischen Sinne *publicanus* heißt[3], der Güterausschlachter, *sector.* Ebenso gehört dazu eine Gattung von Industriellen, welche *praediatores* genannt wurden, und deren Gewerbe es war, die pfandrechtliche executive Forderung des Staats an die Bürgen und an die Sachverständigen, die *praedes praediaque cognitoresve,* zu erstehen[4]. Die jetzt allgemein als richtig anerkannte Ansicht über das Wesen der Prädiatoren hat schon Salmasius[5], ihre Eigenschaft als Publicanen hat zuerst Heyne[6] trefflich hervorgehoben. Es scheint, daß sich die Prädiatoren nicht ausschließlich auf Ankauf der Staatsforderungen und der Staatshypotheken beschränkten, sondern nebenbei auch von Privatgläubigern hypothecirte Grundstücke erstanden, und also vielfach ihrem Namen gemäß Güterhändler überhaupt waren. Daß die Prädiatoren, wie die anderen Publicanen, Gesellschaften bildeten, um Alles nach einem größeren Maaßstabe betreiben zu können, erhellt als *tab. Malacit. 65: ut ii, qui eos praedes cognitores ea praedia mercati erunt, praedes socii heredesque eorum iique, ad quos ea res pertinebit, de iis rebus agere easque res petere persequi recte possint.* Der Käufer im einzelnen Fall spielte hier dieselbe Rolle, wie der *manceps* der Steuerpächter; die Bürgen liefern den Beweis dafür, daß nicht nothwendig baar bezahlt wurde. Es ist anzunehmen, daß die Prädiatorengesellschaften nach dem Vorbilde der Publicanengesellschaften überhaupt organisirt waren“[7].

Rivier[8] sagt weiter: „Die Lehre vom Verkauf der Forderung des Staats auf die ihm verfallenen Güter und von der Wiederlösung dieser bildet das s. g. prädiatorische Recht. Es ist das theils aus Usance, theils auf gesetzgeberischem Wege entstandene Recht, welchem namentlich die Prädiatoren in ihren Beziehungen zum Staat unterworfen sind . . . Diese Theorie des Verfalls und der Wiederlösung der Güter war Gegenstand specieller Studien und galt als verwickelt und schwer. Daß einige Rechtsgelehrte ihr Fach daraus machten, ist gewiß. In einem Briefe des Cicero v. J. 49 v. Chr.[9] erscheint C. Furius Camillus, ein feiner eleganter Jurist und Cicero's Freund, als im prädiatorischen Recht besonders bewandert. Außerdem mochte darin Routine die Hauptrolle spielen. Q. Mucius Scaevola, der Augur, pflegte diejenigen, die ihn in solchen Fragen um Rechtsbelehrung angingen, in der Regel an die Güterhändler Furius und Cascellius zu verweisen[10] . . . Sueton, Gaius und das Stadtrecht von Malaga erwähnen ein Gesetz, welches sie nach seinem Inhalt *Lex Praediatoria* nennen[11]. Es räumte den Pächtern der römischen Staatssteuern die *legis actio per pignoris capionem* gegen die Steuerpflichtigen ein[12] und ordnete das Executionsverfahren gegen die Bürgen und Sachverständigen an, und zwar vorerst die Bedingungen des 1. Licitationstermins, woher auch dieser erste Verkauf in einem engern technischen Sinne als *venditio e lege praediatoria* bezeichnet wird[13], im Fall erfolglosen

1) S. 103—6. — 2) Becker-Marquardt R. Alterth. III. 2. S. 217.
3) Dirksen *Manuale latinitatis.* (1839) *v. Publicanus.* — 4) *Gai.* 2, 61.
5) *de modo usurarum, cap.* 16. — 6) *Diss. p.* 34.
7) Vergl. auch Heyne *Diss.* § 11. und Zimmermann *Diss.* § 5. — 8) S. 106—122.
9) *ad Div. V,* 2, 30. — 10) *Cic. pro Balbo* 20; *Valer. Max.* 8, 12, 1.
11) Vergl. Mommsen Stadtrecht v. Mal. S. 474; Dernburg Pfandrecht I. S. 36.
12) *Gai.* 4, 28. — 13) *aes Malac.* 64.

1. Termins die veränderten Bedingungen eines zweiten. . . . Weiter gebaut wurde durch das prätorische Edict, welches einen Titel: Von Prädiatoren, enthielt[1], und später durch das Edict der Aerarvorsteher[2]. Vor Allem aber muß hier die Praxis eingewirkt haben . . . Die Schuld muß fällig seyn: das ist die einzige Bedingung, welche erfüllt seyn muß, damit Verkauf eintreten könne. Aber unmittelbar nach dem Verzug, ohne erst ein Urtheil erwirken zu müssen, konnte dazu geschritten werden. Dies ist die Folge der publicistischen Natur der Prädialcaution, und was vom alten Handanlegungsverfahren übrig geblieben[3] . . . Die Cognitoren waren der Execution verfallen, wenn sich ihr Spruch als unwahr erwiesen, *si quid eorum, in quae cognitores facti erunt, ita non erit*[4]; daß sie erst dann angegangen wurden, wenn der Staat sich aus dem Bürgenverkauf nicht hatte befriedigen können, liegt in der Natur der Sache[5] . . . Das Stadtrecht von Malaga unterscheidet scharf *venditio lege praediatoria* und *venditio in vacuum*. Jene bildet den 1. Termin und ist der regelmäßige ordentliche Verkauf. Der 2. Termin ist nur eventuell. Im 1. Termin werden Forderung und Pfandrecht *al pari* ausgeboten, d. h. der Käufer muß dem Staat diejenige Summe bezahlen, welche der „Verkaufte" schuldig war. Von einer Versteigerung wird also in diesem Termin nicht wohl die Rede seyn können. Wesentlich ist hier, daß der Verkaufte zum Mitbieten zugelassen und darin bevorzugt wurde"[6]. Im 2. Termin begnügt sich der Staat mit Procenten, es wird kein Preislimitum festgehalten (*in vacuum*). Die Frage nach der rechtlichen Stellung des *praediator* beantwortet Rivier[7] so: „Die Wirkung des ursprünglichen Verkaufs des Staatsschuldners war derjenigen des Verkaufs der *nexi* und der *damnati* gleich. Es ist anzunehmen, daß eine Zeit lang direkte *bonorum venditio* von Seiten des Staats stattfand, bevor sich der Forderungskauf ausbildete. Nachdem dieser aufgekommen war, übertrug fortan der Staat auf den Käufer sein Recht auf das gesammte Vermögen des Bürgen und das Pfandrecht an den subsignirten Grundstücken. Darin war vorerst das Recht der Einziehung enthalten, das Recht, sich aus dem Vermögen bezahlt zu machen. Waren Grundstücke subsignirt, so waren sie einfach als Pfänder zu verkaufen. Bezahlte aber der Bürge, resp. der Cognitor rechtzeitig, so wurde er frei, erhielt also die Verfügung über sein Vermögen wieder. Dies scheint so sehr die Regel gewesen zu seyn, daß Gaius (2, 61) selbst nach geschehenem Verkauf denjenigen, dessen Güter verkauft sind, noch *dominus* nennt. So gestaltete sich nach und nach das Recht des Käufers an dem Vermögen des *venditus* ganz so, wie das Recht des *fiduciarius creditor* an der ihm *sub pacto fiduciae* mancipirten Sache, wie ein fiduciarisches Eigenthum . . . Die Stellung des *venditus* dagegen war identisch mit der des alten Eigenthümers der fiducirten Sache; wenn er die Leistung, zu welcher er verpflichtet war, erfüllte, so erhielt er das aufgegebene Eigenthum wieder. So konnte auch die dem Fiduciarschuldner zustehende *usureceptio* auf diesen der Fiducia analogen Fall angewendet werden[8]. Die *usureceptio ex praediatura* ist die Wiedererlangung eines prädiatorisch-rechtlich verfallenen Vermögensstücks von Seiten des früheren Eigenthümers, dem Käufer der Staatsforderung oder dessen Rechtsnachfolger gegenüber"[9].

---

1) *fr. 24. de jure dot.* (23, 3). — 2) *Suet. Claud.* 9.
3) Mommsen S. 472 ff. Zimmermann *p.* 44. — 4) *Aes Malac.* 64.
5) Zimmermann *l. c.* — 6) Dernburg I. S. 88. Zimmermann *l. c.*
7) S. 123—132. — 8) Mommsen S. 476. Zimmermann *p.* 50.
9) Huschke i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XIV. S. 371. Vergl. hierzu auch Schlayer in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Process. N. F. XXI. S. 41 ff.

Dieser Darstellung gegenüber behauptet Göppert[1], daß für den Staat in Betreff seiner Forderungen und der Geltendmachung derselben keine Besonderheiten gegolten hätten, und demgemäß auch die Haftung der *praedes* nicht der Art gewesen sei, daß eine besondere Kategorie „publicistischer Obligationen" aufgestellt werden könne; der Käufer der *praedes* erhielt nur die gewöhnlichen Klagen zur Geltendmachung der vom Staat erworbenen, mit Bürgschaft und Pfandrecht geschützten Forderungen, und vom gewöhnlichen *fidejussor* unterschied er sich nur durch die Verpflichtungsformel: *In idem praes es* (oder: *idem praestabis*)? *Praes* (*sum*). In der Hauptsache stimmt hiermit Bruns[2] überein, mit dem Bemerken, daß der Staat wegen seiner Steuer- und Contractsforderungen die Schuldner nie verkauft, sondern von jeher nur Vermögensexecution geübt habe (p. 29). Er fährt dann fort: „Man bildete ein System von indirekten Einziehungen der Staatsforderungen aus, d. h. man übertrug die Forderungen so viel als möglich gegen Entgelt auf Privatpersonen und überließ es diesen, sie dann durch Klage oder sonstigen Zwang einzuziehen. Es handelt sich hier weniger um eine Verschiedenheit der Rechtsanschauung, als um ein Princip der Finanzverwaltung. Dagegen erhält die Frage nach der Art, Form und Wirkung der Uebertragung der Staatsobligationen von diesem Standpunkt eine erhöhte Bedeutung, da diese Uebertragung danach gerade die regelmäßige Vermittelung der Einziehung der Forderungen überhaupt bilden mußte" (S. 30). Die Uebertragung der Forderung auf den *redemtor* und *praediator* sei aber nicht Cession, sondern eine „Attribution" des Rechts der Art, daß der Erwerber ein selbständiges Forderungsrecht erlange: was auf die Idee einer *ipso jure* eintretenden *novatio per delegationem* hinauskommen würde (S. 54). „Der Verkauf begründet zunächst nur eine Attribution der *praedes* als Schuldner an den Käufer. Zahlen sie, so ist die Sache zu Ende. Zahlen sie nicht, so trat ein Strafaufschlag (*tertia pars*) ein, und damit zugleich ein festes Recht des Käufers, die Hauptsumme nebst dem Aufschlage zu fordern und einzuklagen, ev. sich an die *praedia* zu halten. Das Ganze hatte in einem Gesetze, der *Lex praediatoria*, und dem darauf beruhenden *jus praediatorium* seine allgemeine gesetzliche Grundlage, und wurde im Einzelnen durch die jedesmalige *lex de praedibus vendendis* näher normirt" (S. 60). — Gegen diese Auffassung aber ist dann wieder Karlowa[3] aufgetreten, indem er besonders betont, daß in Gemäß des *aes Malacitanum, cap. 64. 65* unmöglich eine gewöhnliche civilrechtliche Obligationsklage gegen den *praes* angenommen werden könne, weil dort neben der Haftung der Person des *praes* auch eine Verpfändung seines ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens (als Einheit), sowie ein hieran sich anknüpfendes außerordentliches Verkaufsrecht mit der Wirkung der Universalsuccession anerkannt sei; wahrscheinlich sei, daß ursprünglich auch die Person des *praes* als Pfand haftete, und falls es zum Verkauf kam, mit dem Vermögen verkauft wurde; nachdem diese pfandartige Haftung der Person abgekommen, schimmere das ursprüngliche Recht nur in dem Ausdruck *praedes vendere* noch durch. Für jene Auffassung spräche auch das *pecuniam exigi a praedibus* in der *lex Acilia v. 67*, sofern *exigere* im officiellen Sprachgebrauch einen mit exekutivischem Zwange (z. B. *bonorum venditio*) ausgerüsteten Anspruch bedeutete. Uebrigens sei

1) in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. IV. S. 249 ff.
2) *Symbolae Bethmanno Hollwegio oblatae*: Zur Geschichte der Cession. (Berlin 1868).
3) D. röm. Civilproc. z. Zeit der Legisact. (1872) S. 168 ff.

die *praedis obligatio*, obwohl publicistischer Natur, doch nicht mit der Verpflichtung aus Judicat und Nexum auf Eine Linie zu stellen, denn der prädiatorische Pfandverkauf hatte durchaus keinen pönalen Karakter.

Auch Münderloh[1] hält daran fest, daß das Haftungsverhältniß des *praes* ein publicistisches war. Die *Praedes* seien eigentlich Geißeln gewesen, welche sich dem Staat übergaben und dahin unterwarfen, daß sie, falls sie nicht ausgelöst würden, mit ihrem Vermögen zum Verkauf kämen. Die Gefangenschaft habe dazu gedient, eine Pression auf den *manceps* auszuüben und zugleich zu verhindern, daß sie durch Veräußerungsakte ihr Vermögen minderten. Später habe die bloße feierliche Erklärung, *praes* zu seyn, genügt, um den *praes* als einen „beurlaubten Gefangenen" anzusehen und alle seine Veräußerungsakte wirkungslos zu machen. Den Weg der gerichtlichen Klage brauchte dann der *populus Romanus* gar nicht zu beschreiten, er verfügte ohne Weiteres über das Vermögen des *praes;* die Stellung von *praedes* galt daher wie baare Zahlung; die *praedes* konnten nach Fälligwerdung der Leistungen sofort in Haft genommen werden; alle ihre Veräußerungsakte waren ungültig (nicht bloß die *in fraudem aerarii* vorgenommenen), wenigstens dem *praediator* gegenüber ungültig. Der Staat verkaufte die verfallenen Güter kraft seines Souveränetätsrechts.

## III.

## Pfandrecht und Nießbrauch.

Zu § 562] Unter den Servituten ist es der Usufruct, welcher in den Quellen gar häufig mit dem Pfandrecht zusammen genannt und verglichen wird[2], während sonst vielmehr der Unterschied zwischen Servituten und Pfandrecht betont zu werden pflegt. Aeußerlich zeigt sich jene Aehnlichkeit nicht bloß darin, daß beide an Immobilien und auch an Mobilien bestellt werden können (nicht so die Prädialservituten), sondern sie tritt auch namentlich dann hervor, wenn der Pfandgläubiger zugleich den Besitz des Pfandobjekts hat (s. g. Faustpfand), was der Detention des Usufructuars entspricht, und noch deutlicher wird die Aehnlichkeit, wenn dem Pfandgläubiger etwa zugleich ein Nutzungsrecht eingeräumt ist (s. g. *antichresis*)[3].

Eine mehr innere Aehnlichkeit aber zeigt sich in folgenden Punkten. 1) Beide Rechte haben eine temporäre Natur, sie erlöschen nach Verstreichung des durch die Umstände gegebenen Zeitraums: das Nießbrauchsrecht nach dem Untergang des berechtigten Individuums, das Pfandrecht nach dem Untergang der zu sichernden Forderung. Beide Rechte aber können auch geradezu *a die* und *ad diem* bestellt werden[4], während von den übrigen Servituten der Satz gilt: *servitutes ipso jure neque ex tempore, neque ad tempus constitui possunt*[5], und im Fall einer solchen Constituirung einer Servitut nur eine *exceptio doli* dem Besteller zur Seite steht.

2) Wie der Pfandgläubiger nach erfolgter Befriedigung das Pfandobjekt zu restituiren hat, bis dahin aber für dessen sorgfältige Pflege verantwortlich ist, so haftet auch der Usufructuar (bez. dessen Erbe) in Gemäßheit der *cautio*

---

1) Zeitschr. f. Rechtsgesch. XII. S. 210 ff. 321 ff.
2) z. B. von Gaius in *fr.* 27. § 1; *fr.* 30. *de nox. act.* (9, 4) und von Paulus in *fr.* 26. § 6. *eod.*
3) s. Cursus § 562.
4) *fr.* 6. *qu. mod. pign. solv.* (20, 6); *fr.* 4. *de usufr.* (7, 1).
5) *Pap. fr.* 4. *de serv.* (8, 1).

*usufructuaria* für Restitution der *res usufructuaria* und für *omnis culpa* in Ansehung derselben[1].

3) Wie es einen *quasiususfructus* an Rechten, namentlich einen *ususfructus nominis* gibt[2], so auch ein Pfandrecht an Rechten, namentlich ein *pignus nominis*[3].

4) Wenn Jemandem eine Sache, die mit Servituten belastet ist, legirt wird, so muß er diese Lasten im Zweifelsfall mit auf sich nehmen, d. h. er kann nicht vom onerirten Erben verlangen, daß derselbe die legirte Sache davon frei mache. Nur das Nießbrauchsrecht ist hiervon ausgenommen, weil es eine zu große Beschränkung des Legatars seyn würde, und daher anzunehmen ist, daß der Testator, indem er die Sache schlechthin vermachte, sie frei dem Legatar zukommen lassen wollte: *ususfructus portionis instar obtinet*[4]. Dasselbe nun gilt auch vom Pfandrecht aus einem ähnlichen Grunde[5]. —

Auch sonst werden Nießbrauchsrecht und Pfandrecht von den römischen Juristen vergleichungsweise zusammen- und bez. sich gegenübergestellt, ohne daß aber immer damit eine Singularität des Nießbrauchsrechts ausgedrückt werden soll; so von Papinian, welcher eine wichtige Consequenz der selbständigen dinglichen Natur des Pfandrechts, nämlich das Fortbestehen desselben trotz Uebergangs des Eigenthums der Sache durch *usucapio* auf einen Dritten, aus der Analogie des Ususfructs erklärt: *non mutat usucapio superveniens, quominus pignoris persecutio salva sit; ut enim ususfructus usucapi non potest* (seiten des *dominus*), *ita persecutio pignoris, quae nulla societate dominii conjungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur*[6]. Dies hat der Ususfruct mit sämmtlichen Servituten gemein, wie er denn auch darin, daß er für sich durch *diuturnus usus*[7] entstehen und durch *non usus* untergehen kann, den übrigen Servituten gleichsteht, im Unterschied vom Pfandrecht, für welches diese Entstehung und Endigung nicht anerkannt ist[8].

Ebenso werden bei Gelegenheit der Frage, ob der, welcher an einem Sklaven Pfandrecht oder Nießbrauchsrecht hat, *in noxali judicio* diesen Sklaven zu defendiren habe, von Gaius beide Rechte zusammengenannt[9], allein mit der Hinzufügung, daß die dann eintretende Versagung der *pignoris persecutio* oder *ususfructus actio* verschieden wirke, denn: *quo casu dici potest, ipso jure pignus liberari, nullum enim pignus est, cujus persecutio negatur; ususfructus autem, etiamsi persecutio denegetur, ipso jure durat eousque, donec non utendo constituto tempore pereat.*

## IV.

## Legalhypotheken und Pfandprivilegien.

Zu § 567. 577] A. Neben der feineren theoretischen Durchbildung des Pfandrechts durch die Jurisprudenz der Kaiserzeit sehen wir auch in der Praxis dieser Zeit neuen Momenten Geltung zutheil werden, welche innerhalb der Grenzen ihres anfänglichen Gebiets volle Berechtigung und keinen Nachtheil zur Folge hatten. Dies sind die Gebilde der Legalhypothek und des Pfandprivilegs, welche seit dem 2. und 3. Jahrh. n. Chr. in den Horizont des

1) *fr.* 65. *pr. de usufr.* (7, 1); *fr.* 2. *usufructuarius quemadm. caveat* (7, 9).
2) s. Cursus § 540. — 3) s. Cursus § 559. — 4) *Pap. fr.* 76. § 2. *de legat. II.*
5) *fr.* 66. § 6. *eod.* — 6) *fr.* 44. § 5. *de usurp.* (41, 3). — 7) s. Cursus § 542.
8) Vergl. Dernburg Pfandr. I. § 15. — 9) *fr.* 27. *pr. de noxal. act.* (9, 4).

römischen Rechtslebens treten. Mit Anerkennung der **Legalhypotheken** des Vermiethers und des Verpachters war im Grunde nur die Gewohnheit des Lebens sanctionirt und der natürlichen Erwägung, daß die Zinsverpflichtung gewissermaaßen das mit ihr connexe Mobiliar und Aerndteresultat ergreife, Ausdruck gegeben; für die Legalhypothek des Darleihers zum Hausbau (*pignus insulae*) ließ sich anführen, daß es billig sei, den Darleiher gesetzlich zu schützen, da seiner Hülfe der erhöhte Werth des Hausgrundstücks zu verdanken ist, und es war im Grunde nur eine Fortsetzung dieses Gedankens, wenn bei *versio in rem* dem späteren Darleiher ein **Pfandvorzug** vor früher begründeten Pfandrechten eingeräumt ward. Das römische Hypothekenwesen wäre gesund geblieben, wenn diese Grenzen nicht überschritten worden wären. Allein die Kaiserzeit that dies seit Anfang des 3. Jahrh., und namentlich war es Caracalla, welcher diese unheilvolle Bahn betrat. Nachdem schon Septimius Severus in Verbindung mit Caracalla zu Gunsten der Unmündigen, also aus einem nicht mit der Natur des Pfandrechts selbst zusammenhängenden Grunde, ein Legalpfand eingeführt hatte, erklärte Caracalla weiterhin zu Gunsten des **Fiscus**, daß diesem wegen aller Steuer- und Contractsforderungen eine Legalhypothek, und zwar eine **generelle**, wegen der Steuerforderungen überdies ein **Pfandvorzug** zukomme.

Hiermit war der Anstoß zu einer Entwickelung gegeben, welche nicht anders als eine Verwickelung genannt werden muß, denn je mehr specielle und gar generelle Legalhypotheken, und bez. Pfandprivilegien anerkannt wurden, um so weiter entfernte sich das Realcreditwesen der alten Welt von dem Ideal, welches bei den Reformen des modernen Grund- und Hypothekenwesens uns vor Augen schwebt. In diesem Ideal liegt das Postulat, daß nur einzelne Vermögensstücke **speciell** verpfändet werden, und daß die **Zeitfolge** unbedingt festgehalten werde (was durch die Eintragung in öffentliche Bücher wesentlich erleichtert und vereinfacht wird): denn nur so ist dem Gläubiger möglich, den Werth des für ihn zu begründenden Pfandrechts vollständig zu übersehen und durch rechtzeitige Vorsicht sich vor späteren Nachtheilen zu wahren. Legalhypotheken, die ganz ohne Wissen aller Betheiligten entstehen können, tauchen vielleicht zum Nachtheil eines anderen Pfandgläubigers auf[1]; Generalpfänder compliciren im Fall der Geltendmachung die Prioritätsfrage, weil da nicht immer der Zeitpunkt der Obligirung einfach zu constatiren ist, und Pfandprivilegien beeinträchtigen sogar principiell die wohlerworbenen älteren Pfandrechte in einer Weise, gegen welche gar kein Schutz ist. Es ist also eine Calamität für den Rechtsverkehr, wenn die Gesetzgebung, wie die der christlichen Kaiserzeit es that, jene Auswüchse zuläßt und begünstigt, und die hieraus kommende Pfandverwirrung ist eines der frappantesten Symptome des allgemeinen Verfalls und auf's Engste verknüpft mit dem principlosen Verlassen der alten nationalrömischen Oekonomie des Rechts.

B. „**Das älteste Legalpfand** des römischen Rechts, das Pfandrecht des Vermiethers an den Illaten des Miethers, scheint unmittelbar aus der Natur der Sache hervorgewachsen. Wie nahe liegt es, daß sich der Vermiether wegen des rückständigen Miethzinses an die Vermögensstücke des Schuldners hält, die er in seiner Wohnung vorfindet und deren Wegbringung er durch Verschließung seines Hauses hindern kann? Wie unzweckmäßig

1) Dernburg Pfandrecht I. S. 292.

wäre es, ihn zu nöthigen, den wortbrüchigen Miether ziehen zu lassen, um hernach mit großer Beschwerde und Weitläufigkeit auf anderem Wege Zahlung zu erzwingen? . . Die Juristen der Republik nahmen (daher) in die Miethformulare, die sie zu allgemeinem Gebrauch proponirten, Clauseln dieses Inhalts auf. So wurde die Zufügung solcher Pfandconventionen constante Observanz, man sah dieselben in Folge vielhundertjähriger Uebung als ordentlichen Bestandtheil eines jeden Miethvertrags an. Und als die Vermiether gegen das Ende der republikanischen Epoche bei der Beweglichkeit des Verkehrs, dem häufigen Wechsel der Miethwohnüngen auch wohl versäumten, die Stipulation eines Pfandrechts ausdrücklich zuzufügen, hielt man dasselbe doch als stillschweigend convenirt, weil die Vermuthung dafür sprach, daß sich der Einzelne von der allgemeinen Regel nicht entfernen wolle. Dies referirt bereits Neratius Priscus unter Hadrian als feststehende Praxis[1]. Doch galt der Satz in classischer Zeit nur für die Stadt Rom und das umliegende Territorium; seit Constantin recipirte man denselben in Constantinopel, erst Justinian erhob jene Localpraxis zum allgemeinen Reichsgesetz"[2].

Das zu Gunsten der Pupillen eingeführte Legalpfand beruhte auf einer Constitution von Septimius Severus und Caracalla, welche in einem Rescript des Severus Alexander angeführt[3] und von Ulpian mehrmals erwähnt wird[4]. „Historische Anknüpfungspunkte für diese Verordnung im früheren Recht existiren nicht; es lag in ihr eine legislative Neuerung von Septimius Severus, der vielfach in die Lehre von der Tutel zu Gunsten der Pupillen reformirend eingriff, der das Verbot der Veräußerung unbeweglicher Pupillengüter erließ und in einer seiner Verordnungen ausdrücklich erklärt: *omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, quum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo*"[5]. „Neben dem gesetzlichen Pfandrecht an dem mit seinem Geld Erworbenen hat der Mündel nach einer Entscheidung Ulpian's[6] noch eine *rei vindicatio utilis* der von seinem Vormund angeschafften Sachen. In welchem Verhältniß beide Rechtsmittel stehen, darüber existiren unter den Neueren sehr verschiedene Vorstellungen"[7].

C. Generalhypothek. Das Aerar hatte in dem alten civilrechtlichen Institut der *cautio praedibus praediisque* und *praediatura* ein vortheilhaftes Recht; es fragt sich nun, ob dieser Vortheil auch auf den Fiscus der Kaiser überging. Wie es scheint, geschah dies nicht, und die Gründe davon waren folgende: „Die Prädiatur ließ nach ihrer eigenthümlichen Structur nur die Verpfändung von italischen Grundstücken zu, Vermögen andrer Art, namentlich die zahlreichen Besitzungen der römischen Bürger in den Provinzen, der immer wichtiger werdende Sklavenbesitz waren nicht subsignirbar; hiermit war die Concurrenz bei Pachtung der Abgaben bisher auf Bürger beschränkt, deren Vermögen in italischem Grundbesitz angelegt war. Der Fiscus mußte wünschen, daß der Kreis der bei seinen Locationen Mitbietenden erweitert werde, daß kein Bürger ausgeschlossen sei, der genügende ökonomische Garantien gab; dies geschah, wenn er die Generalhypothek an die Stelle der Prädiatur setzte. Hierzu kam, daß die Prädiatur weit ungelenker und unbequemer war, als die geschmeidige Hypothek. So mußten die verpfändeten

1) *fr. 4. in qu. caus.* (20, 2). Das Datum dieser Entwickelung ist Controverse: *Thomasius de origine hypothecae tacitae*; dagegen Thierbach *hist. de pign. lib. I*, 7.
2) Dernburg Pfandrecht I. S. 205. — 3) *c. 6. de servo pignori dato* (7, 8).
4) *fr. 7. pr. qui potior.* (20, 4); *fr. 3. de reb. cor.* (27, 9).
5) Dernburg a. a. O. S. 322. — 6) *fr. 2. quando ex facto tutoris* (26, 9).
7) Dernburg a. a. O. S. 325.

*praedia* öffentlich unter Aufsteckung der *hasta* verkauft werden, ein solcher öffentlicher Zwangsverkauf aber liefert oft nur ein ungünstiges Resultat. Auch hatte der Magistat, was dasselbe noch mehr beeinträchtigte, schwerlich freie Hand in Bezug auf den Termin der Vornahme. Anders wenn dem Fiscus eine Hypothek bestellt wurde; seine Beamten konnten dann, wie jeder Private, *jure creditoris* aus freier Hand verkaufen oder auch den Weg einer öffentlichen Versteigerung wählen"[1]. Demnach mußte der Fiscus seine Garantien in Bürgschaften und gewöhnlichen Pfandcontracten suchen; die Gesetzgebung kam ihm aber auf einem besonderen Wege noch zu Hülfe, indem sie ihm für seine Contractsschulden eine gesetzliche Generalhypothek gewährte. „Dieser Rechtssatz wird uns mit Bestimmtheit erst zu Ende der classischen Zeit ausgesprochen; aber schwerlich wurde er in dieser Periode plötzlich und durch Einen Willensentschluß ins Leben gerufen. Dürfen wir einer allerdings halb verwischten Spur trauen, so kam diese Legalhypothek — zunächst beschränkt auf eine Classe von Contracten — unmittelbar mit dem Beginn der Kaiserregierung zur Entstehung gewissermaaßen als Ersatz für die Privilegien der Prädiatur, auf welche die kaiserliche Kasse verzichtete. In dem gleichzeitig mit Gaius aufgefundenen *Fragmentum de jure fisci* las man § 5: *Bona eorum, qui cum fisco contrahunt, evacuaria velut pignoris jure fisco obligantur: non solum ea, quae habent, sed ea quoque, quae postea habituri sunt.* Lachmann conjecturirte für „*evacuaria*": *de re pecuniaria,* Böcking[2] aber stellte mit glücklichem Griff die Lesart *lege XX aria* = *lege vicesimaria* her. Die hier genannte *lex vicesimaria*[3] kann keine andere seyn, als die wichtige, von den Alten oft erwähnte *lex Julia de vicesima hereditatium,* durch welche Augustus eine Steuer von 5 Procent auf die Erbschaften der römischen Bürger legte. Sie verordnete — wenn die Lesart richtig ist — indem sie von vornherein die allgemeinen Grundsätze über die Verpachtung der Abgabe feststellte, daß das Gesammtvermögen der Publicanen, welche die Erbschaftssteuer auf Grundlage des Gesetzes gegen eine Aversionalsumme pachteten, dem öffentlichen Schatz verpfändet seyn solle . . . Wie dem auch sei, ursprünglich trat die Generalhypothek keineswegs bei allen fiscalischen Contracten von selbst ein. Sie fand Anwendung, wenn das Specialgesetz, auf dessen Grundlage ein Contract abgeschlossen wurde, das Entstehen jener Hypothek angeordnet hatte, oder wenn die Fiscalbeamten bei Contrahirung der einzelnen Forderung eine solche Verpfändung ausdrücklich bedungen hatten. Andere fiscalische Außenstände erhielten nur ein persönliches *privilegium exigendi,* vermöge dessen sie im Concurs vor den übrigen Chirographariern ein Vorrecht beanspruchen konnten . . . Erst zur Zeit der *Severe* hat man ein Legalpfandrecht am Vermögen aller Contractsschuldner des Fiscus angenommen. Möglich ist[4], daß Papinian für diese Ausdehnung des fiscalischen Rechts aufgetreten sei . . . Nicht ohne Einfluß auf diese Erweiterung des fiscalischen Rechts mag die Umgestaltung in der Verwaltung des Staatsvermögens gewesen seyn, die in die Zeit der *Severe* fiel . . . man drückte das *aerarium Saturni* durch Entziehung der wichtigeren Einnahmequellen zu einer Kasse der Stadt Rom herab und erhob den Fiscus zur alleinigen Staatskasse . . . Von diesem Zeitpunkt an scheint die Behandlung

1) Dernburg a. a. O. S. 336. — 2) *Ulpiani fragm. ed. Böcking* 1855. *p.* 151. 152.

3) Ueber diese *lex cf.* Bachofen Abhandl. S. 322—395. Jene Bezeichnung findet sich zwar sonst nirgends, man kann aber dafür auf die analogen Wortbildungen *lex tabellaria, testamentaria, unciaria* (s. *Fest. v. Unciaria*) verweisen.

4) nach dem Bericht des *fr.* 28. *de jure fisci* (49, 14).

der fiscalischen Privilegien eine Umgestaltung erfahren zu haben. Während früher die Erweiterung der Rechte des Fiscus als etwas Gehässiges galt, und die öffentliche Meinung hierin eine ungebührliche Vergrößerung der Machtstellung des Kaisers erblickte, war jetzt dieser Anschauung der Boden gewonnen, und es war die fiscalische Kasse, auf deren Bestand der ganze Staatshaushalt ruhte, Gegenstand der Begünstigung für Alle, die an der Erhaltung des Staats ein Interesse nahmen"[1]. „Die classische Kaiserzeit, die Gefährlichkeit allzuvieler Legalhypotheken für den Credit wohl erkennend, hat den, wie es scheint, nicht selten auftauchenden Wünschen der Gemeinden nach Verleihung einer gesetzlichen Generalhypothek am Vermögen ihrer Contractsschuldner keine Rechnung getragen. Nur durch besondere kaiserliche Concession verschafften sich einzelne Städte das Privilegium[2], die übrigen waren auf das *privilegium exigendi,* das man nach Trajan allen Gemeinden ertheilte, verwiesen"[3].

D. Die künstliche Idee der Pfandprivilegien scheint der letzten Zeit der heidnischen Kaiser entsprungen zu seyn, denn das älteste unter den Pfandprivilegien ist jedenfalls das Privileg wegen *versio in rem*[4], und dieses wird zuerst von den spätern classischen Juristen erwähnt. „Ohne Zweifel fand das Privileg seine älteste Anwendung dann, wenn der Verpfänder im Voraus Pfandrechte an einer künftig zu erwerbenden Sache ertheilt hatte und erst durch den Vorschuß eines späteren Hypothekars diese Sache erwarb, also dann, wenn die ältere Pfandexspectanz der späteren Forderung ihre Verwirklichung dankt. Nichts als eine Unterart dieses Falls liegt vor, wenn eine Generalhypothek auch in Bezug auf alle künftigen Sachen des Verpfänders constituirt ist, und wenn diesem später ein Capitalist Vorschüsse zum Erwerb einer Sache macht, an der er sich eine Hypothek bestellen läßt . . . Zweifelhaft ist, ob dieses Privileg bereits von Scaevola[5] erwähnt wird; dagegen wird es unzweideutig vorausgesetzt von Papinian[6], es wird von Ulpian[7] auch auf den Fall eines gesetzlichen Pfandrechts angewendet, in principieller Fassung aber ausgesprochen erst von Diocletian[8] und später von Justinian[9] . . . Nachdem man den Gläubiger privilegirt hatte, durch dessen Vorschüsse ältere Pfandexspectanzen zur Existenz gerufen wurden, schien es nicht fern zu liegen, auch dem ein ähnliches Privileg zuzugestehen, welcher zur Erhaltung einer Pfandsache creditirt hatte. Diesen Schritt that die römische Praxis, wie uns scheint, erst in der letzten Zeit der classischen Jurisprudenz. Ulpian, der einzige, welcher hiervon vor Justinian berichtet, stützt sich nicht auf die Autorität älterer Juristen, sondern führt bloß, wie dies bei Neuerungen zu geschehen pflegt, die Billigkeit des Privilegs als bestimmenden Grund an[10] . . . Hat die römische Jurisprudenz auch dem ein Privileg zugetheilt, dessen Creditum nicht die Erhaltung älterer Pfandrechte vermittelte, wohl aber den Werth der Pfandsache vermehrte? Man beruft sich für dasselbe darauf, daß Ulpian[11] ein Creditum zur Ausrüstung eines Schiffs als privilegirt bezeichnet, und daß hierin nur eine nützliche Verwendung zu liegen scheint. In der That aber ist diese Aufwendung zur Erhaltung des Pfandobjekts nothwendig. Das Schiff, das ohne Ausrüstung im Hafen

1) Dernburg a. a. O. S. 339. — 2) z. B. *c. 2. de jure reipubl.* (11, 29).
3) *fr.* 38. § 1. *de rebus auct. jud.* (42, 5). So Dernburg a. a. O. S. 354.
4) seit Schweppe jurist. Magazin I. (1818) S. 81 so genannt.
5) *fr.* 21. § 1. *qui potior.* (20, 4). — 6) in *fr.* 3. § 1. *eod.* — 7) in *fr.* 7. § 1. *eod.*
8) in der *c. 7. qui potior.* (8, 18). — 9) *Nov.* 97. *c.* 3.
10) *fr.* 5. 6. *pr. qui potior.* (20, 4). — 11) in *fr.* 5. *pr. cit.*

bleibt, würde dort verfaulen. So betrachtet auch Ulpian die Sache. Dagegen kann die *Nov. 97. c. 3.* allerdings für das Privileg der bloß nützlichen Verwendung angeführt werden"[1].

Die fiscalischen Pfandprivilegien anlangend, so ist zwar der Primipilus, gleich den übrigen Staatsbeamten, zu den Contractsschuldnern des Fiscus im weitern Sinne zu rechnen[2], und mithin genießt ihm gegenüber der Fiscus die Gunst der Generalhypothek, nicht anders wie den übrigen Contractsschuldnern gegenüber, allein es gilt dem Primipilus gegenüber noch der besondere Vortheil, daß der Fiscus hier eine privilegirte Hypothek hat. Den übrigen Contractsschuldnern gegenüber scheint der Fiscus wenigstens nicht in allen Fällen sich des gleichen Privilegs erfreut zu haben[3].

---

# Vierter Abschnitt.

# Eigenthumsähnliche Prädialrechte.

---

## LXVI. Kapitel.

### Die Emphyteuse.

(Zu § 583–587.)

Zu § 583] Wir haben es hier mit den letzten Ausläufern des großen Entwickelungsprocesses zu thun, welchen der Begriff des dinglichen Rechts bei den Römern durchgemacht hat. Zu festen und abgeklärten Typen hat es das Alterthum in dieser letzten Schöpfung nicht gebracht; sie ging aus mehr oder weniger nur localen oder local verschiedenen Gründen hervor, an denen sich dann die Doctrin mühsam versuchte; aber auch die Theorie scheint bei den Römern nicht zum völligen Abschluß gekommen zu seyn. Wir nähern uns, indem wir die Emphyteuse und Superficies betrachten, dem Nachbargebiete des Sachenrechts, dem Obligationenrecht; schon im Bau der Hypothek liegt Einiges, was uns an die Obligatio erinnert, nicht bloß im Zweck der Hypothek, sondern auch in deren beweglicher, elastischer Structur. Aber in den eigenthumsähnlichen Prädialrechten treffen wir ein wirkliches obligatorisches Element als integrirenden Theil.

Das vectigale Prädialrecht (*emphyteusis*) hängt nicht mit dem *ager publicus* des republikanischen Rom zusammen und scheint überhaupt erst in der Kaiserzeit sich zu einem bestimmten Rechtstypus entwickelt zu haben. Vom *ager publicus* der alten Zeit bemerkt Niebuhr[4]: „Seine ungeheure Ausdehnung war durch die Ackergesetze von Tib. Gracchus bis auf den Marsischen Krieg außerordentlich geschmälert; und wenn die Eroberungen in diesem Krieg, und die Confiscationen der bürgerlichen, große Bezirke wieder hinzugefügt hatten, so waren diese alsbald an Militärcolonien weggegeben.

---

1) Dernburg Pfandrecht II. S. 428–433. — 2) Dernburg I. S. 346.
3) Dernburg II. S. 440. — 4) Röm. Geschichte I. S. 171. 172.

Der Krieg, wodurch Vespasian das Reich eroberte, und die Belohnungen seiner Legionen, hatten die letzten großen Veränderungen dieser Art, bedeutende Ackeranweisungen an die Veteranen in Samnium verursacht[1]: darauf aber vindicirte seine strenge Sparsamkeit alle von den aufgetheilten Territorien übrig gebliebene, vom Staat nicht ausdrücklich vergebene, von den Colonien und Municipien als Communalland usurpirte Landstriche, die *subseciva*. Diese Maaßregel erschütterte das Vermögen fast aller Landstädte, und Domitian ward durch ein Edikt, welches dieses sämmtliche Land den Gemeinden schenkte, die es früher benutzt hatten, der Wohlthäter Italiens[2]: aber damit verschwand auch fast alles Landeigenthum des Staats; und ein Schriftsteller, der wahrscheinlich in das 2. Jahrh. n. Chr. gehört, weiß nur noch in dem damaligen *Picenum*, um *Reate*, von Ländereien, welche Eigenthum des römischen Volks waren, und deren Steuer der Schatz empfing[3]. Bis auf so unbedeutende Ausnahmen war nun das Gemeingut (*publicum*) des Staats in der Halbinsel beinahe auf Ströme, Ufer, Straßen beschränkt".

Es liegt demgemäß näher, den Ursprung des *jus in agro vectigali* in der Rechtssphäre der Communalländereien der Municipien und Colonien zu suchen; in der That scheinen auch die von jenem Rechtsverhältniß handelnden Stellen[4] nicht an Staats-, sondern nur an Gemeindeländereien zu denken, und es hängt wohl hiermit der insgemein außer Augen gelassene Umstand zusammen, daß das *jus in agro vectigali* nicht durch das Edikt, sondern frei in der Praxis ausgebildet worden ist; den Prätoren lag das Ackerwirthschaftswesen außerhalb der Hauptstadt zu fern, als daß sie sich gedrängt fühlen konnten, ihm besondere Beachtung zu schenken, wogegen den angesehenen Juristen, in deren Hand die Leitung der freien Praxis lag, und an welche aus allen Theilen des Reichs die Consultationen gelangten, Anlaß genug erhalten mußten, die theoretisch gestaltende Parole auszutheilen.

Nirgends ist gesagt, daß die Klage des Erbpachters (*emphyteuta* in der späteren Zeit genannt) durch das Edikt eingeführt sei[5]; Gaius (3, 145) scheint überhaupt noch nichts von einer solchen Klage zu wissen. Vielleicht schuf erst Julian's Autorität die dingliche Klage (*actio vectigalis*); er mochte sich dabei an die Analogie der *superficies* halten, denn in seinem Digestenwerke (*lib. 34*) behandelt er das *legatum superficiei*[6] und bald darauf (*lib. 38*) das *legatum fundi vectigalis*[7]. Hier spricht der Jurist von einem *aliquod jus in fundo* im Gegensatz zur *proprietas*, und diese Unsicherheit zeigt, daß er sich da nicht auf festem gewohntem, sondern schwankendem und jungem Boden fühlt. Von einer Hindeutung auf das *Edictum perpetuum* ist nichts zu entdecken; natürlich fand die Klagformel ihren Platz daselbst. Ebenso wenig deutet in der Hauptstelle, welche wir über das *jus in agro vectigali* haben, Paulus auf das Edikt hin, vielmehr zeigen dessen Worte: *placuit competere iis actionem in rem*, eine That des Juristenrechts und der Praxis an[8]. Wahrscheinlich also ist Julian der Gründer dieser *in rem actio*, und hat sie nach Analogie derjenigen des Superficiars gegeben.

In der Zeit der christlichen Kaiser taucht der Ausdruck *emphyteusis* zur Bezeichnung analoger Rechtsverhältnisse auf, die sich namentlich in der orientalen Reichshälfte bildeten und häuften. Justinian verschmolz dann das

---

1) *Aggenus de controv. p. 54.* — 2) *Frontinus tit. de subsecivis p.* 68. 69.
3) *Siculus Flaccus p. 2.* — 4) s. Cursus § 586. 587.
5) Anders Arndts in Weiske's Rechtslexicon III. S. 852. Anm. 27 und Zeitschr. f. Civilr. und Proc. N. F. III. S. 280 ff. Dazu Windscheid Pand. I. § 218. Anm. 5.
6) *fr.* 86. § 4. *de legat. I.* — 7) *fr.* 71. § 5. 6. *eod.* — 8) *fr.* 1. *si ager vect.* (6, 3).

*jus in agro vectigali* mit der Emphyteuse, und diesem Umstande scheint es zugeschrieben werden zu müssen, daß in einer Stelle des Macer[1] und des Ulpian[2] der spätere Ausdruck „*emphyteuticum*“ sich findet, welcher dahin nur als Interpolation kommen konnte.

## LXVII. Kapitel.

### II. Die Superficies.

(Zu § 588–590.)

Zu § 590] Das superficiare Prädialrecht, wofür der einfache Ausdruck *superficies* die technische Bezeichnung wurde[3], ist prätorischen Ursprungs. Seine historischen Wurzeln sind vielleicht jünger, als die des *jus in agro vectigali;* allein einmal zum Wachsthum gelangt, scheint es rascher sich entfaltet und consolidirt zu haben, als jenes: was nicht zu verwundern ist, denn immer schreitet das Stadtleben rascher fort als das Landleben[4].

Zu den mancherlei Controversen, welche der *superficies* anhaften, gehören folgende Fragen: 1) Ist der Begriff der *superficies* auch auf andere bodenhängige Gegenstände, als Wohnungsgebäude, anwendbar?

Als Beispiele der *superficies* finden sich in den Quellen immer nur Baulichkeiten[5] angeführt; es ist aber wohl unbedenklich, dahin Alles zu rechnen, was auf ein *aedificare* im weitern Sinne, d. h. auf Bewerkstelligung mechanischer Cohärenz von Material (*tignum* im weitern Sinne), hinauskommt, also sowohl Hochbauten, als auch andere Baulichkeiten im Boden. Dahin würden gehören: Mauern, Keller und Düngergruben[6], ferner etwa Windmühlen, Brückenköpfe, Krahne, Cisternen, Eisenbahnen (für Pferde und Dampfwagen; auch Eisenbahntunnel?), Brunnen, Bergkeller, *monumenta*[7]. Bedenklich erscheint die von Wächter[8] verfochtene Ansicht, daß auch Bäume und andere Pflanzungen, z. B. Baumschulen, Superficiarobjekt seyn könnten, sofern wir das prätorische Edikt und die römische Praxis vor Augen haben. Ob (neben der Emphyteuse) ein solches Superficiarrecht betreffs organischer Cohärenzen bei uns anzuerkennen sei, ist eine andere Frage; ein praktisches Bedürfniß dafür erkenne ich nicht.

Im Sinne der Quellen ist *superficies* das, *quod super faciem soli* ist; im Boden wurzelnde und aus ihm ihre Nahrung ziehende Pflanzen und Bäume sind nicht *super faciem soli*, sondern *res soli* im engern Sinne. So werden *solum* und *superficies* geradezu einander gegenübergestellt. Gaius sagt[9]: *id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, . . . nostrum fit, quia superficies solo cedit. Multoque magis id accidit et in planta, quam quis in solo nostro posuerit, si modo radicibus terram complexa fuerit.* Offenbar ist hier die *superficies* mit *aedificatum* identificirt und dem *solum* und der *planta* entgegengesetzt. Paulus sagt[10]: *servitutes praediorum aliae*

---

1) *fr.* 15. § 1. *qui satisdare cog.* (2, 8). — 2) *fr.* 3. § 4. *de reb. eor. qui sub tutela* (27, 9).

3) s. z. B. *Jul.* in *fr.* 86. § 4. *de legat. I.*; *Ulp.* in *fr.* 9. § 4. *de damno inf.* (39, 2) und *fr.* 1. § 1. *de superfic.* (43, 18).

4) In *fr.* 71. *de usufr.* (7, 1) bedeutet *superficies* nicht Recht, sondern Haus, daher die „*Veteres*“ nichts beweisen.

5) *Insulae, hospitia:* s. Inscription bei Rudorff Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XI. (1842) S. 219 ff.

6) v. Wächter Sammlung von Abhandlgn. der Mitglieder der Jur.-Fac. zu Leipzig, I. (1866) S. 53.

7) d. h. *cenotaphia*, nicht aber *sepulcra: fr.* 6. § 5; *fr.* 7. *de relig.* (11, 7) *jct. fr.* 13. § 7. *de damno inf.* (39, 2). — 8) a. a. O. S. 55.

9) 2, 73. 74. Die *Epitome Gaii II*, 1. § 4 ist abweichend.

10) *fr.* 3. *de serv.* (8, 1).

*in solo, aliae in superficie consistunt* — also derselbe Gegensatz. Pomponius unterscheidet ausdrücklich *arbores* und *superficiem aedificii*[1]. Marcellus identificirt schlechthin *aedificatum* und *superficies*[2]. Ulpian bezeichnet den *superficiarius* als *quasi inquilinus*[3]. — Mir scheint es hiernach dem antiken Sprachgebrauch ganz zuwider, die Superficies begrifflich auf Baumpflanzungen zu erstrecken.

2) Ist der Superficies eine *certa pensio* (entsprechend dem *canon vectigalis*) wesentlich? Pomponius sagt, wenn eine Superficies bestehe, so habe auch der *dominus soli* ein Interesse an der *cautio damni infecti*, weil er, wenn der superficiarische Bau zu Grunde gehe, *fraudabitur in pensione percipienda*[4]; dies ist so schlechthin ausgesprochen, daß man den Gedanken darin finden muß, die *pensio* sei selbstverständlich. Paulus definirt den *superficiarius* mit den Worten: *id est, qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem praestet*[5]. *Certa pensio* scheint also ein essentielles Element des Superficiarverhältnisses zu seyn, und wirthschaftliche Gründe unterstützen diese Ansicht, weil sonst das Interesse des Eigenthümers an seinem Eigenthumsobjekt fast auf Null reducirt schiene.

Der Zweifel, ob im Edikt *ex lege locationis sive conductionis* gesagt seyn konnte, hebt sich wohl durch die von Marcian[6] gebrauchte Wendung: *sive emtio vel venditio contrahatur;* und wenn wir dann bei Ulpian[7] die Worte lesen: *incertum erat, an locati exsisteret,* so kann man sich schwer der Vermuthung entziehen, daß auch in dem vorausgehenden Satze Ulpian nur von *locatio conductio* geredet habe, und die dortigen Worte *si emit, ex emto* von Justinian interpolirt seien, welcher die *superficies* damit zu einem generellen Typus erheben wollte. Ich bin daher auch geneigt, der Interpretation beizustimmen, welche Degenkolb[8] betreffs einer Bemerkung des Pomponius[9] aufstellt, daß *superficium aedificii vendere* den Verkauf des Materials, d. h. des Hauses auf Abbruch bedeute.

In neuester Zeit wirft sich die Frage auf, wie das Recht des Eisenbahnunternehmers am Tunnel zu construiren sei. Vielleicht wäre es an der Zeit, Angesichts dieser Frage die Vorfrage aufzuwerfen, ob nicht der unterirdischen Erstreckung des Grundeigenthums irgend eine Grenze zu ziehen sei. So weit der *dominus soli* mit den gewöhnlichen Mitteln unserer Technik von der Oberfläche seines Grundstücks aus in die Tiefe gelangen kann, ist die Möglichkeit menschlicher Herrschaft für ihn gegeben; allein solche Herrschaft findet irgendwo ihre Grenze. Wenn nun in Berglandschaft von anderen Punkten z. B. vom Fuße des Berges aus ein Gelangen in größere Tiefe möglich ist — durch Tunnel- oder Stollnanlage —, soll ein solches Eindringen in die Tiefe als ein Eingriff in das Eigenthum des Besitzers der Bergoberfläche gelten, m. a. W. soll der Eisenbahnunternehmer hier nur in der Gestalt eines *jus in re aliena* ein Tunnelrecht erwerben können, so daß alles dahineingebaute Material als *tignum junctum* gleichfalls in das Eigenthum des Bergbesitzers überginge, oder aber läßt sich hier der Gedanke einer horizontalen Theilung des Grundes und Bodens rechtfertigen? Römisch freilich ist der

---

1) *fr.* 32. *de jure dot.* (23, 3). — 2) *fr.* 71. *de usufr.* (7, 1).
3) *fr.* 3. § 3. *de O. N. N.* (39, 1). — 4) *fr.* 39. § 2. *de damno infecto* (39, 2).
5) *fr.* 74. *de rei vind.* (6, 1). Vergl. auch *Paul. fr.* 15. *qui potior.* (20, 4) und *Ulp.* in *fr.* 39. § 5. *de leg. I.*
6) in *fr.* 5. *de pignor.* (20, 1). — 7) in *fr.* 1. § 1. *de superf.* (43, 18) *i. f.*
8) Platzrecht und Miethe S. 39, unter Hinweis auf *fr.* 52. *de contr. emt.* (18, 1) und *fr.* 48. *de damno inf.* (39, 2). — 9) in *fr.* 32. *de jure dot.* (23, 3).

letztere Gedanke nicht, aber die moderne Gesetzgebung wird der Frage nicht ausweichen können, ob horizontale Theilbarkeit unserer Anschauung von unterirdischen Verhältnissen und den Dimensionen unserer entwickelten Technik etwa entsprechend sei.

Ein analoger Fall ist der über fremde Grundstücke hingehende Viadukt; hier kommt die Erstreckung des Grundstücksgebiets nach aufwärts in Frage. Nicht bloß für Eisenbahnen, sondern auch zum Zwecke anderen Verkehrs kommen jetzt mehrfach Viaduktanlagen vor, z. B. in verkehrsreichen Städten.

Man kann zweifeln, ob in diesen Fällen an eine Servitut oder an die Superficies zu denken sei. Ersternfalls kann für den Tunnel die *servitus viae*, für den Viadukt vielleicht auch die *servitus aquaeductus* als Vorbild vorschweben. In beiden Fällen wird nicht unmittelbare Vicinität des herrschenden und dienenden Grundstücks vorausgesetzt, sondern es genügt eine solche räumliche Nähe, daß ein regelmäßiges und dauerndes Verkehrsinteresse für die Eigenthümer des herrschenden Grundstücks möglich ist. Nun ist anzunehmen, daß der Bahnkörper an beiden Endpunkten des Tunnels im Eigenthum des Eisenbahnunternehmers ist; diese anstoßenden Parcellen des Bahnkörpers, bez. die auf beiden Seiten des Tunnels befindlichen (ganzen) Bahnstrecken wären dann die *praedia dominantia*. Mit dieser Construction als Prädialservitut wäre auch Veräußerbarkeit gewonnen, soweit solche in diesem Zusammenhange Bedürfniß ist, denn mit Veräußerung der Eisenbahn an einen anderen Unternehmer würde solchenfalls auch die Tunnelservitut an diesen übergehen. Die besondere Beschaffenheit eines Eisenbahnstranges aber kann kein Hinderniß seyn, Tunnel und Viadukt als eine Abart der *servitus viae* aufzufassen, denn schon die Römer kannten allerhand Modalitäten der Wegeservituten; *modum adjici servitutibus posse constat, veluti quo genere vehiculi agatur, . . . ut carbo portetur*[1]; — *via constitui vel latior octo pedibus, vel angustior potest*[2]. Die Bahnspur würde ein Element der *determinatio modi*[3] bilden.

Ein Tunnel- oder Viaduktrecht der Art zu begründen, daß dem Berechtigten ein selbständiges Veräußerungsrecht zustände, dürfte nicht leicht ein Interesse sein. Denkbar indeß ist ein solches, z. B. im Fall der Anlage eines Privattunnels für gewöhnliche Passage, welche erhebliche Abkürzung eines beschwerlichen Wegs böte und möglicher Weise Vielen in der ganzen Nachbarschaft ein willkommener Vortheil wäre. Auch könnte bei Eisenbahnanlagen sich an den Tunnel die Hoffnung knüpfen, im Fall des Untergangs des Eisenbahnunternehmens doch den Tunnel, welcher beträchtliche Kosten und Materialien verschlungen hat, als selbständiges Veräußerungsobjekt, als anderweites Speculationsobjekt verwerthen zu können. Für solche Fälle würde die Kategorie der Prädialservitut nicht ausreichend seyn, sondern nur die Annahme einer Superficies übrig bleiben.

Da es kein Bedenken hat, als Inhalt der Superficies im gegebenen Fall ein irgendwie beschränktes Gebrauchsrecht zu denken, so steht nichts im Wege, einen Tunnel (bez. Viadukt) als Inhalt einer Superficies zu denken. Es wäre eine Superficies, neben welcher der *dominus soli* noch immer die vollen Nutzungen regelmäßiger Wirthschaft von seinem Grundstück ziehen

---

1) *Pap. fr.* 4. § 1. *de serv.* (8, 1).
2) *Paul. fr.* 23. *pr. de S. P. R.* (8, 3). Vergl. *Javol. fr.* 13. § 1. *eod.*
3) s. Cursus § 528 a. E.

könnte. Der Ausdruck *superficies* widerstrebt nicht dem Tunnelrecht dieser Art, obwohl der Tunnel verdeckt ist und nur in seinen Endpunkten an die Oberfläche des Grundes und Bodens tritt, denn es liegt hier, nur in quantitativ verstärktem Maaße, dasselbe vor, wie bei einer Gebäudesuperficies, wo die Grundmauern gleichfalls nicht zu Tage treten. Alles künstliche Menschenwerk im und am Grund und Boden erscheint überhaupt nur als Arbeit an der Oberfläche, denn die Erde muß zu diesem Endzweck immer mehr oder weniger offen gelegt und insoweit an die Oberfläche gezogen werden. Auch eine eingemauerte Cisterne oder Brunnenanlage gehört in diesem Sinne zur Oberfläche (*facies soli*).

---

# DRITTES BUCH.

## Das Obligationenrecht.

---

## Erster Abschnitt.

## Die allgemeinen Grundzüge.

---

### LXVIII. Kapitel.

### I. Der Organismus der Obligatio.

(Zu § 591–601.)

Die Rolle der Obligatio in der Welt des römischen Rechts.

Zu § 591] A. Entbindung der Obligatio. Wir treten in ein Gebiet ein, in dessen Gestaltung der Römersinn seine höchste Meisterschaft bewährt und eine Vollendung erreicht hat, welche wir erst dann zu würdigen vermögen, wenn wir sie neben den entsprechenden Theil des germanischen Rechts stellen. Im römischen Obligationenrecht sehen wir die größte Fülle verbunden mit einer außerordentlichen Präcision der Gestalten, im germanischen Obligationenrecht tritt uns eine auffallende Aermlichkeit entgegen, und an Allem haftet die Schwäche der Verschwommenheit. Aus diesem Gegensatz der beiden Rechte vorzüglich erklärt sich die rasche Reception des römischen Rechts in den Städten des Mittelalters. Die Obligatio ist das Correlat der Geldwirthschaft und macht sich daher von selbst zum Organ der Mobilisirung des Güterlebens; sie ist das natürliche Vehikel des beschleunigten Güterumsatzes und daher das geeignetste Medium, durch welches die im städtischen Verkehr erstrebte Auflösung aller Güterwerthe sich vollziehen kann. Die Obligatio ist die stärkste Seite des römischen Rechts und dasjenige Stück antiken Rechts überhaupt, in welchem das Nationelle und das Universelle am vollkommensten mit einander verbunden sind.

Alles Rechtsleben bewegt sich zuerst auf dem festen Boden des Sachenrechts, alle Rechtsanschauung wurzelt in der niederen Region der sinnlichen Umgebung des Menschen. Manchen Volkes Recht vermag sich überhaupt nicht von diesem Naturgrund abzuheben und verstockt oder versumpft darin; das germanische Rechtsbewußtseyn ist durch den Geist des recipirten römischen Rechts von diesem Bande befreit worden, das römische Rechtsbewußtseyn aber hat sich selbst, und zwar sehr frühzeitig, davon befreit. Der Grund dieser raschen Selbstbefreiung lag in dem idealistischen Karakter der Römer[1], welcher, mehr zur Welt des persönlichen Willens, als zur Welt der natürlichen Sachen hingerichtet, von Anfang her einen persönlichen Ausgangspunkt nahm: denn nicht in der Sache, sondern im menschlichen Individuum setzte der römische Rechtstrieb ein, um das Rechtsinstitut der Obligatio zu gewinnen. Auch die Römer hatten nicht sofort den reinen Begriff der Obligatio, auch sie wandelten eine Zeit lang in den Schranken der Sinnenwelt, aus welcher allein sie die Objekte der rechtlichen Herrschaft entnahmen. Die reine Obligatio aber trägt ein durchaus ideales Gepräge, Alles ist an ihr unkörperlich, nicht bloß das Verhältniß der Herrschaft, sondern auch das Objekt derselben, und das Element des freien persönlichen Willens ist so durchaus fließend, beweglich und schrankenlos, daß der Trieb rechtlichen Gestaltens hier die größten Schwierigkeiten zu überwinden hat.

Das rein germanische Recht enthüllt uns diese Schwierigkeiten, denn es zeigt, daß der Rechtstrieb da sich durch sich selbst überhaupt nicht vom Bande der Sinnlichkeit und vom Boden der Sachenwelt zu befreien und zu lösen vermocht hat. Das Bedürfniß, Geldleistungen sich rechtlich zu sichern, mußte sich ja, namentlich im städtischen Verkehr, frühzeitig geltend machen, aber wie wurde dieses Bedürfniß befriedigt? Der Rechtstrieb knüpfte allenthalben am Immobiliar an. In der Satzung und den Reallasten des germanischen Rechts sehen wir die keimende Obligatio, allein die keimende blieb latent im Boden der Sachenwelt, denn es ist folgende Idee, welche das Wesen jener Rechtsinstitute bildete. Der Berechtigte hat ein Recht am Grundstück, auf welches gewissermaaßen die Leistung gelegt ist. Wollten wir da von einer Verpflichtung zur (Geld-) Leistung reden, so müßten wir sagen: das Grundstück sei der Verpflichtete, denn nicht der Satzungspflichtige kann als Person auf die Leistung belangt werden; oder wollten wir die haftende Sache ein Pfand nennen, so müßten wir sagen: im Pfandrecht ist die Obligatio verborgen, ohne zu eigner Geltung zu kommen, denn sie hängt in Umfang und Dauer der Geltendmachung ganz vom Werth und Bestand der Pfandsache ab. Ueber die Reallasten bemerkt Mann[2] ganz richtig: „Die Reallasten sind nicht Erfüllungen von Obligationen, sondern von Bedingungen. Der Berechtigte hat kein Recht auf Leistungen, sondern ein Recht am belasteten Grundstück, welches dann geltend gemacht wird, wenn die Lasten nicht abgetragen werden. Das belastete Grundstück wird dem Nichtleistenden entzogen". In allen diesen Rechtsverhältnissen liegt also nicht eine Obligatio, sondern ein Sachenrecht vor, und die Leistung, welche dabei in Aussicht genommen ist und in der That auch erzielt werden soll, ist nichts weiter, als eine dem Sachenrecht beigegebene Modalität; der Begriff der Obligatio verbirgt und verliert sich noch im Begriff des Sachenrechts.

Auch im altrömischen Rechtswesen hat offenbar das Sachenrecht vorge-

1) s. oben (Excurse) S. 417.
2) Untersuchungen über den Begriff der Reallasten (1869). S. 20. 21.

herrscht; der alte Sacramentsproceß scheint ganz vorzugsweise auf den Eigenthumsstreit zugeschnitten gewesen zu seyn; und auch die Obligationsidee trägt, wo sie zuerst außerhalb des religiösen Gebiets des *fas*, als profanes und rein juristisches Institut, vorkommt, ein sinnliches Gepräge. Freilich ist der Typus ein ganz anderer, als der des germanischen Keims der Obligatio, denn der römische Keim ruht nicht in Grundstücken, sondern in Personen. Von der Person aus war ein kürzerer Weg zum reinen und civilisirten Obligationsbegriff. Diesen Weg zeigt uns das *Nexum*.

Wir sehen im *Nexum*, wie der Herrschaftswille des Berechtigten die Person des Pflichtigen in ihrer sinnlichen Existenz und leiblichen Erscheinung erfaßt: der Körper des Individuums als das natürliche Gesammtorgan des unterworfenen Willens wird zunächst und im Ganzen unterworfen gedacht. Aber es lag nahe, von da aus fortzuschreiten zur Vorstellung einer Herrschaft, welche den im Körper residirenden Willen rein und unmittelbar erfaßt und ihn mit Rücksicht auf den ihm untergebenen Vermögenskreis erfaßt. Dies ist der vollendete Obligationsbegriff. Seit der *lex Poetelia* hat der Schuldherr nicht mehr ein Recht am Körper, sondern am Willen, d. h. am Vermögen (*aes, bona*), und die Leistung selbst ist es nun, welche vom Gläubiger als eigentlicher Gegenstand seines Rechts gefordert wird. Vor der *lex Poetelia* war die Leistung nur die Befreiungssumme, das Lösegeld des Pflichtigen gewesen, das eigentliche Recht des Schuldherrn erschien nur als ein *jus in corpore*, aber nach jener *lex* war die *obligatio* selbständig geworden, und die Person des Schuldners nur wie ein Pfand daneben. Das römische Recht selbst hat jene Stufe des Rechtstriebs noch in einem eigenthümlichen Rechtsinstitut bewahrt: in den Noxalklagen. Diese hafteten im Grunde an der Person des gewaltuntergebenen Delinquenten[1], und man kann nicht sagen, der Gewalthaber sei obligirt, für sie durch Entschädigung des Verletzten einzutreten; eine eigentliche primäre Schadenersatzverbindlichkeit besteht hier für den Vater oder Herrn keineswegs; vielmehr ergreift das Recht des Verletzten die Person des Hauskindes oder Sklaven, welche der Gewalthaber dem Kläger überlassen muß, und nur die Modalität besteht dabei, daß der Gewalthaber sich von der *noxae datio* durch Leistung der Entschädigungssumme befreien kann. Wie zufolge des alten *Nexum* der *nexus* dem Berechtigten, welcher *damnas esto!* gesagt hatte, verfiel, so verfiel auch der delinquirende Haussohn oder Sklave dem Verletzten, und auch nach der *lex Poetelia* mußten Gewaltuntergebene dem alten Principe gemäß als verhaftet und verfallen gelten, weil sie, vermögenslos, eben nur mit ihrer Person einzutreten vermochten. Die Noxalklagen sind zufolge dieser Auffassung eine in der Structur den Reallasten verwandte Erscheinung, nur daß die Obligatio dort in ein Recht an einem Menschen, hier in ein Recht an einem Grundstück versenkt und versteckt ist.

B. Verbreitung der Obligatio[2]. Die Obligatio des römischen Rechts ist eine von aller sinnlichen Zuthat und Umgebung befreite Erscheinung, sie steht auf eignen Füßen und bewegt sich frei im Element des Willens; sie ist die *res incorporalis* im eminenten Sinne. An sie hat der Rechtssinn der Römer seine Hauptarbeit gewendet: in bewundernswerther Weise hat er aus dem flüssigen Element des Willens feste, scharf umrissene, karakteristische

1) s. Cursus § 782.
2) Vergl. hierzu Ihering Jahrbb. f. d. Dogmatik. X. S. 562 ff. und Geist d. R. R. III. § 54. (*ed.* 3. S. 184).

Gestalten hervorgerufen und damit die weite Welt des Privatrechts bevölkert; aber nicht bloß dies, sondern er hat auch, seinem Zuge des Idealismus folgend[1], in alle Theile des Rechts den Typus der Obligatio einzuführen gestrebt. Es ist nichts Leichtes, die Idee eines Rechts am fremden Willen rechtlich zu gestalten, denn die Idee der Obligatio enthält *implicite* die Idee der *universitas bonorum:* dennoch ist den Römern die Obligatio das geläufigste aller Rechtsinstitute geworden. Während das reine germanische Recht durchweg ein sachenrechtliches Gepräge trägt, verräth das classische Recht der Römer allenthalben einen bald stillen, bald lauten Zug zu obligatorischer Ausgestaltung. Es ist, als ob die Obligatio durch ihre überströmende Lebenskraft getrieben würde, außerhalb ihres eigentlichen Gebiets Colonien zu gründen. Die Spuren dieser gleichsam exterritorialen Rolle lassen sich deutlich verfolgen.

1) Der Civilproceß gestaltete sich bei seinem Uebergang zum Formularwesen zu einem obligationsähnlichen Körper, denn die Aufnahme des Condemnationspassus in die Formel begründete die Idee der Proceßobligation, auf welche seitdem fast alle hervorragenden Momente des römischen Civilprocesses hinauskamen[2].

2) Das Criminalrecht war in der alten Zeit der Römer sehr wenig entwickelt, indem nur gewisse Verbrechen von direkter Gemeingefährlichkeit von Staatswegen untersucht und geahndet wurden; der bei Weitem größte Theil der criminellen Handlungen war lange Zeit nur einer Privatklage des verletzten Privaten selbst ausgesetzt; so vertrat z. B. die *actio furti* des Bestohlenen, welche auf *duplum* oder *quadruplum* gerichtet war, und neben welcher die auf den Sachwerth abzielende *condictio furti* des Eigenthümers herging, die criminelle Strafe[3].

Man kann sagen: die Obligatio mußte auf die eine Schulter den ganzen Civilproceß, einschließlich die dinglichen Klagen, nehmen, während sie auf der anderen Schulter einen großen Theil des Criminalrechts zu tragen hatte. Aber gerade unter dieser Doppellast erstarkte die Musculatur der Obligatio und erhielt jene Dauerhaftigkeit und Spannkraft, wodurch sie befähigt worden ist, auch heute den Ansprüchen eines noch weit gewaltigeren Verkehrslebens, als das des antiken Mittelmeerreichs war, zu genügen.

3) An jene criminelle Function der Obligatio schließt sich ganz natürlich ihre polizeiliche. Man braucht nur an die *actio de posito et suspenso*[4] zu denken, um zu erkennen, wie die Obligatio auch die Rolle des Polizeidirectors übernehmen konnte. Manche *actiones populares*[5] zeigen dieselbe Rolle, und im Gebiet der Interdicte, welche nicht selten Obligationen enthielten, berührte sich die Obligatio gleichfalls mit dem Polizeigebiet[6].

4) Blicken wir in die engere Welt der Familie, so treffen wir auch da die Obligatio und sehen, wie sie den zarteren Rücksichten der Pietät zu Hülfe kommt, um bald als Alimentations-, bald als Dotations-, bald als Funerationsverbindlichkeit aufzutreten[7]. Ja die Ehe nimmt, nachdem sie den nationalen Rahmen der *manus* gesprengt hat, mehr und mehr eine Wendung, daß man

1) Wenn ich recht sehe, kündigt sich in der von Ziebarth (d. Realexecution und Obligation S. 174. 175) vertretenen Ansicht eine modern-realistische Rechtsanschauung an.

2) s. Cursus § 349.

3) s. Cursus § 718. Man kann auch von einem Forderungsrecht auf Steuerrückstände reden und den Fall eine publicistische Obligation nennen. Vergl. Hartmann d. Obligation (1875) S. 159. 160.

4) s. Cursus § 733. — 5) s. Cursus § 476. — 6) s. Cursus § 213.

7) s. Cursus § 739.

sagen möchte: alle rechtlich relevanten Momente treffen da in der *dos* zusammen, und diese wieder ist nur insoweit ein selbständiges Rechtsinstitut, als eine Klage auf Restitution garantirt ist[1], in der *actio rei uxoriae* aber nähert sich die Dos der Obligatio. Noch entschiedener gilt dies von der Vormundschaft: man kann sagen, daß, insoweit diese nicht unter den Gesichtspunkt eines *munus publicum* fiel, der Vormund als in einem Quasicontractsverhältniß stehend gedacht wurde, und das privatrechtliche Element der Tutel in der *actio tutelae* aufging, welche der Ausdruck einer *obligatio* zwischen Vormund und Mündel war[2]. — Wir finden also, daß ein großer Theil des Familienrechts bei den Römern über den Typus der Obligatio geformt wurde.

5) Dieselbe Neigung zum Obligationsmäßigen treffen wir im Umkreis des Vermögensrechts an. Zunächst im Sachenrecht ist es die Aufnahme des Schuldmoments (*dolus, culpa, mora, mala fides*) in das Gebiet der *rei vindicatio*, welche dieser ganz entschieden einen bedeutsamen obligatorischen Zusatz gibt[3]. Hierzu kommt der Rechtssatz, daß der, *qui dolo desiit possidere* und *qui liti se obtulit*[4], dem Besitzer gleich zu behandeln ist und folglich mit der *rei vindicatio* in Anspruch genommen werden kann, so daß die dingliche Klage hier die Function einer persönlichen Klage übernimmt und sich gewissermaaßen mit obligatorischem Stoff erfüllt. Auch der Anspruch auf Cautionsleistung *de non amplius turbando*, welcher sich bei der *confessoria* und *negatoria in rem actio*[5] an den Hauptanspruch hängt, behaftet diese dinglichen Klagen mit einem obligatorischen Moment. Bekannt ist ferner die wichtige Rolle, welche die *sponsio praejudicialis* für das Sachenrecht Jahrhunderte lang in der Zeit des Formularprocesses spielte, indem der dingliche Anspruch, welcher im Grunde geltend gemacht werden sollte, behufs der Herbeiführung einer Proceßentscheidung in die Rüstung einer *obligatio ex sponsione* gesteckt wurde[6]. Alle diese Erscheinungen erklären es zugleich, wie die Gestaltung des gerichtlichen Anspruchs zur Proceßobligation (s. oben sub 1.) auch bei sachenrechtlichen Ansprüchen durchgeführt werden, und speciell im Fall einer *controversia de loco* die persönliche *actio finium regundorum*[7] geradezu die Function der *rei vindicatio* übernehmen konnte. Es mag hier auch der präparatorischen Function der *actio ad exhibendum* für die *rei vindicatio* und der Hülfe, welche das *interdictum quod vi aut clam* unter Nachbarn leistet, gedacht werden.

Daß das Creditwesen bei den Römern lange auf die Mittel des Personalcredits beschränkt blieb und nur langsam und schwerfällig zu den Mitteln des Realcredits griff, ist früher ausgeführt worden[8]. Lange bleibt Bürgschaft die Regel, Pfand die Ausnahme: eben das bedeutet aber die Prävalenz der Obligatio, die untergeordnete Rolle des Sachenrechts; bei den Germanen blieb die Obligatio gewissermaaßen im Pfandrecht verborgen, bei den Römern ersetzte die Obligatio geradezu das Pfandrecht. Ja das Pfandrecht selbst, indem es von den Römern als *obligatio rei* formulirt ward, reflectirte in der Zeit seiner Ausbildung den Karakter des Obligatorischen[9], und wenn es den Römern im Pfandrecht nicht gelungen ist, die oberste Stufe der Entwickelung zu erreichen, und gerade in diesem Gebiete später die gröbste Verwirrung

1) s. Cursus § 780 a. E. u. § 788. — 2) s. Cursus § 419 u. 728.

3) Vergl. v. Savigny System III. S. 5. und Ihering d. Schuldmoment im römischen Privatrecht (1867). S. 7.

4) s. Cursus § 518. — 5) s. Cursus § 520 und 545. — 6) s. Cursus § 201 u. 250.

7) s. Cursus § 725 a. E. — 8) s. Cursus § 549. 550. — 9) s. Cursus § 562.

so rasch Platz greift: so werden wir auch da gewahr, daß weniger das Sachenrecht als das Obligationenrecht die starke Seite des römischen Rechtssinns war.

Selbst an eine Servitut, die *servitus oneris ferendi,* hängt sich als secundäres Element eine Obligatio an, und was ist der *canon* bei der Emphyteuse, das *solarium* bei der Superficies Anderes, als die Aushülfe einer Obligatio, welche gleichsam herbeigezogen wird, um die Stellung des Grundeigenthümers zu wahren und den fast entleerten Raum des Sachenrechts mit einer Obligatio auszufüllen?

In ähnlicher Weise, wie die *rei vindicatio,* ja noch weit entschiedener als diese, vervollständigt sich die andere dingliche Hauptklage, die *hereditatis petitio,* mit obligatorischen Momenten und nimmt demgemäß einen gemischten Karakter an[1]. Endlich zeigt die Geschichte des Legats dieselbe Neigung zum Typus der Obligatio: denn indem das Damnationslegat die Oberhand über das Vindicationslegat gewinnt, wird das sachenrechtliche Princip zurückgedrängt, und jener Ausspruch des *Sctum Neronianum,* daß das Legiren *per damnationem* das *optimum jus* für solche Hinterlassungen sei[2], läßt sich zu dem Satz verallgemeinern: den Römern erschien überhaupt die Obligatio als eine höhere Art der Rechte und als die vollkommnere Form der rechtlichen Herrschaft. —

So scheint fast die ganze Substanz des römischen Rechts in einer Bewegung nach der Region der Obligatio hin begriffen: wir können diesen allgemeinen Zug das Gesetz der obligatorischen Transfiguration nennen. Die Region der Obligatio ist die wahre Heimat der Römer im Rechtsgebiet. Wer dieses Volk in seiner ganzen juristischen Größe studiren will, muß immer und immer wieder sie im Obligationenrecht aufsuchen. Wie die Hellenen unter allen Theilen der bildenden Kunst ihr Höchstes in der Sculptur geleistet haben, so die Römer in der sculpturähnlich ausgearbeiteten und in immer neuen Wendungen, Stellungen und Situationen des Verkehrswesens gezeigten, immer mit derselben Sicherheit, Feinheit und Gewandtheit modellirten Obligatio. In dieser ihrer Heimat besuchen wir jetzt die Römer.

C. Die Leistungen der Obligatio. Im Sachenrecht befindet sich die Person unmittelbar den Stücken der Sinnenwelt gegenüber, und so nimmt die Herrschaft des Willens, welche hier aufgerichtet ist, unvermeidlich etwas von der Schwerfälligkeit der Naturkörper an. Der verfeinerte Verkehr aber verlangt juristische Media, welche elastischer und beweglicher sind, als das Sachenrecht: den so geforderten Dienst kann nur die zartere und behendere Obligatio leisten. Sie schiebt gewissermaaßen eine Person ein zwischen Person und Sache, zwischen das Subjekt des Rechtswillens und den Vermögenswerth, welcher jenem verschafft werden soll. Indem so der Wille eines Anderen, des Schuldners, zum Objekt der Rechtsherrschaft gemacht wird, erlangt diese die gewünschte Elasticität, und erfüllt sich das Reich des Rechts mit einer unerschöpflichen Menge neuer Rechtsverhältnisse, welche den feinsten, ausgesuchtesten und complicirtesten Interessen der civilisirten Menschheit Rechnung tragen.

1) Während mehrere selbständige Sachen immer Gegenstand getrennter Eigenthumsrechte sind: kann eine einzelne Obligatio auf Leistung mehrer

1) s. Cursus § 473 sub bb. u. § 864 a. E. — 2) s. Cursus § 916.

Sachen zugleich gerichtet seyn, oder die mehreren Sachen electiv oder auch successiv erfassen, so daß der Gläubiger die freie Wahl hat, oder eine Sache an die Stelle der andern tritt, wenn sich diese dem Rechte des Gläubigers entzieht.

2) Während eine einzelne Sache zu gegebener Zeit nur in einmaligem Eigenthum stehen, und folglich ein *dominium plurium in solidum* nicht stattfinden kann: ist es möglich, daß um eine einzelne Sache sich eine Mehrheit von selbständigen Obligationen gruppirt, die wieder entweder solidarisch zusammenhängen oder aber gänzlich unabhängig von einander begründet und durchführbar sind.

3) Während dingliche Rechte nur existirende Sachen zum Gegenstand haben können: lassen sich Obligationen begründen, welche auch auf zukünftige und ungewisse Sachen gehen.

4) Während das Eigenthum in seinem Wesen auf Dauer angelegt ist, so daß nicht nach Verlauf gewisser Zeit von selbst eine Eigenthumsveränderung vor sich gehen kann: ist es möglich, daß im Wege der Obligatio, z. B. durch Pacht oder Miethe, eine zeitliche, periodische, vorübergehende Benutzung von Sachen gesichert wird.

5) Während an einzelnen Seiten oder Theilen einer Sache nicht ein getrenntes Eigenthum Jemandem begründet werden kann: läßt sich eine solche theilweise Machteinräumung indirect im Wege der Obligatio bewerkstelligen.

Auf diese Weise dringt die Obligatio viel leichter und tiefer in alle Falten des gesellschaftlichen Güterlebens ein und vermag an vielen Stellen, wohin das Sachenrecht nicht gelangen könnte, willkommene Dienste zu leisten. Demgemäß übertraf z. B. auch der Horizont des Damnationslegats an Weite beträchtlich den des Vindicationslegats[1], und gerade an dieser Differenz läßt sich die commercielle Ergibigkeit und Versatilität der Obligatio[2] trefflich erkennen. Ebenso findet an diesem Punkte der rechtsgeschichtliche Umstand, daß der römische Civilproceß immer mehr einen obligationsmäßigen Karakter annahm, seine tiefere Erklärung. —

Neben dem Reich der sachlichen Naturkräfte besteht ein Reich persönlicher Willenskräfte, größer als jenes und unendlich reicher an Hülfsquellen aller Art: in der Obligatio ist es den Römern gelungen, dieses ideale Reich in gleicher Weise, wie jenes andere, der rechtlichen Herrschaft des Menschen dienstbar zu machen; ja man darf sagen, daß von den Römern dieses zweite Reich dem Recht erst entdeckt, erobert und gesichert worden ist. Der Römer Heimat ist so eine Errungenschaft für die ganze Menschheit und Cultur geworden, und der universell gemachte Begriff der Obligatio ist ein Spiegelbild der Allerweltstadt Rom; eine Beschäftigung mit jenem gleicht eine Wanderung nach Rom.

## II.

## Die Correalobligation.

Zu § 600] Die Correalobligation ist ein künstliches Rechtsgebilde und kommt im Leben nur ausnahmsweise vor; im Deutschen wird sie mit den Worten: sammt und sonders — Einer für Alle, Alle für Einen, ausgedrückt. Sie liegt nicht überall da vor, wo mehrere Obligationen (mehrere

1) s. Cursus § 915. — 2) s. Cursus § 595.

Gläubiger — mehrere Schuldner) auf Leistung der nämlichen Sache oder eines gleichen Werthbetrags —, sondern nur da, wo sie *ex eadem causa* auf dieselbe Sache oder Leistung gehen. Immer bestimmt sich nämlich die einzelne Obligatio als Species, d. h. als individuelles Rechtsverhältniß, durch ihre *causa,* d. h. der Vermögenswerth, den sie garantirt, und den sie aus der Willenssphäre des Schuldners in die des Gläubigers verpflanzen soll, empfängt seine individuelle, ihn von anderen ökonomischen Größen in derselben Vermögenssphäre unterscheidende Bestimmtheit durch die concrete Thatsache, aus welcher als ihrem Rechtsgrunde die Obligatio hervorgegangen ist; er prägt der an sich karakterlosen Handlung des Schuldners, welche das eigentliche und unmittelbare Rechtsobjekt der Obligatio ist, den Karakter einer individuellen Größe auf und scheidet sie dadurch aus der Freiheitssphäre des Schuldners erkennbar aus. Wenn wir diesen causal bestimmten Vermögenswerth der Obligatio ihren Vermögensstoff nennen, so können wir sagen: Correalobligationen sind coexistente Obligationen, die durch Identität des Vermögensstoffs verbunden sind. Genau in demselben Sinne besteht eine Identität des Vermögensstoffs zwischen der *pristina obligatio,* welche durch Novation[1] getilgt wird, und der *nova obligatio,* welche dadurch an die Stelle jener tritt[2].

Diese Identität des Vermögensstoffs der mehrern simultanen oder successiven Obligationen stellt zwischen denselben einen so engen juristischen Connex her, daß sie fast wie eine einzige erscheinen und in den Quellen nicht selten geradezu als *una* oder *eadem obligatio* bezeichnet werden. So nennt Papinian die Correalschuldner *plures rei ejusdem obligationis*[3], Ulpian das gesammte Rechtsverhältniß *una obligatio*[4] und die Correalschuldner *plures ejusdem obligationis participes*[5], Paulus bezeichnet sie als *ejusdem obligationis socii*[6]. Die gleiche Wendung des Gedankens liegt vor, wenn in den Quellen die Intercession als ein *alienam obligationem suscipere* bezeichnet wird, und Gaius von den Bürgen sagt: *eadem obligatione tenentur*[7]; ferner auch wenn Gaius (3, 176) die *novatio* mit den Worten: *prima obligatio tollitur translata in posteriorem,* oder m. d. W.: *ab altero debitore ad alterum novandi causa transfertur obligatio*[8] schildert, oder Javolen, African und selbst Papinian die *novatio* kurz mit *transferre obligationem*, Scaevola mit *transire obligationem* bezeichnen[9].

Es ist klar und unbestritten, daß, wo die Obligationen des Hauptschuldners und des Bürgen, oder die *pristina* und die *nova obligatio* als Eine Obligatio aufgefaßt zu seyn scheinen, dies doch nicht im Ernst und streng juristischen Sinne gemeint ist, sondern daß, was von der *obligatio* selbst gesagt scheint, nur von ihrem Vermögensstoff gelten soll. Es liegt nahe, anzunehmen, daß das Gleiche von der „*una obligatio plurium reorum*" gilt, und daß dieser Ausdruck ebenso wie das „*unum debitum*" des Paulus[10] nichts weiter bedeuten soll, als was sonst gewöhnlich mit „*eadem pecunia*" (*plures*

1) s. Cursus § 603. — Vergl. dazu Kuntze Deutsches Wechselrecht (Leipzig 1862) S. 312–6. und in v. Holzschuher's Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts (3. Aufl. ed. Kuntze) III. S. 111–5.
2) Vergl. Kuntze d. Obligation u. die Singularsuccession (1856). S. 143–7.
3) *fr.* 116. *de V. O.* (45, 1). — 4) *fr.* 3. § 1. *de duob. reis* (45, 2).
5) *fr.* 16. *pr. de acceptil.* (46, 4). — 6) *fr.* 14. *ratam rem* (46, 8).
7) *fr.* 1. § 8. *de O. et A.* (44, 7).
8) *fr.* 27. § 3. *de minor.* (4, 4).
9) *fr.* 14. *pr. de interrog.* (11, 1); *fr.* 17. *pr.*; *fr.* 19. § 5. *ad Sct. Vellej.* (16, 1); *fr.* 5. *pr. quando ex facto tutor.* (26, 9); — *fr.* 60. *de fidejuss.* (46, 1).
10) in *fr.* 9. *pr. de pact.* (2, 14) und *fr.* 71. *pr. de fidejuss.* (46, 1).

*rei ejusdem pecuniae*) ausgedrückt ist[1]. In der That identificirt Paulus[2] geradezu Beides (*ejusdem pecuniae, alterius obligationis*) und Papinian[3] nennt, was er zuvor *par obligatio* genannt hat, dann *per causa.*

Wenn nun daneben in einer Anzahl von Stellen die Rechtsverhältnisse der *plures rei* ausdrücklich als *plures obligationes* oder *plures species obligationis* bezeichnet werden, so muß diesen Stellen ein ungleich größeres Gewicht beigelegt werden[4], denn es ist kein Grund erfindlich, welcher die in ihnen gewählte Ausdrucksweise als eine ungenaue oder vulgäre zu verstehen gestattete: sie müssen eben streng und wörtlich verstanden werden. Demgemäß ist zu sagen, daß schon die Diction der Quellen für die Mehrheitstheorie Zeugniß ablegt, und der Einheitstheorie ist auch nicht dadurch aufzuhelfen, daß man mit Keller und Ribbentrop „eine objektiv einheitliche Obligatio mit einer Mehrheit subjektiver Beziehungen“ statuirt, denn die Quellen selbst geben für diese Spaltung des Obligationenbegriffs in objektive und subjektive Beziehungen nicht den allergeringsten Anhalt: sie ist eben nur für die Correalobligation willkürlich erfunden und völlig unerweislich.

Sie ist aber nicht bloß unerweislich, sondern auch unmöglich, weil undenkbar, denn da die bestimmte Beziehung zu einem gegebenen Subjekt im Begriff des Rechtsverhältnisses liegt, so kann nicht ein und dasselbe Rechtsverhältniß zugleich mehrere Rechtssubjekte haben, sondern so viele Rechtssubjekte, ebenso viele Rechtsverhältnisse, und wir dürfen nicht, was bloß verbunden ist, als identisch auffassen. Wer die Rechtsverhältnisse der mehrern *correi* für Eine Obligatio ansieht, muß auch annehmen, daß es immer noch dieselbe Obligatio ist, wenn etwa einer der *correi* wegfallen, ein neuer hinzukommen sollte, und daß folglich das Rechtssubjekt überhaupt nur ein äußerliches und zufälliges Moment der Rechtsverhältnisse sei. Wer dieses annähme, müßte die ganze Theorie von den Rechtsverhältnissen, Rechtssubjekten und Rechtsobjekten umgestalten und die Bahnen des römischen Rechts grundsätzlich verlassen.

Jene Bedeutung von *una obligatio* und von *plures obligationes correorum* entspricht meines Bedünkens der in der römischen Jurisprudenz der letzten classischen Zeit herrschenden Ansicht. Es ist mit dieser Annahme aber recht wohl verträglich und ein vielleicht nicht zu verachtender Beitrag zur Erklärung der Unitätsausdrücke in den Quellen, wenn die Vermuthung aufgestellt wird, daß in dem Unterschied der Unitäts- und der Pluralitätsausdrücke ein Ueberbleibsel des Schulengegensatzes zum Vorschein kommt. Wenn Paulus sagt: *si plures sint, qui eandem actionem habent, unius loco habentur; ut puta plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarii, quorum*

1) Ich will Angesichts der Quellenausdrücke *eadem obligatio, idem debitum, eadem pecunia* und gegenüber den vielen neueren Versuchen, ins Innere des Baues der Obligatio einzudringen und deren Elemente bloss zu legen, bemerken, dass ich an der Obligatio gleichfalls (und ich denke, entsprechend den Quellen und der Natur der Obligatio) ein Dreifaches, nämlich Obligationsobjekt, Obligationsinhalt und Leistungsobjekt unterscheide. 1) Obligationsobjekt, d. h. eigentlicher und unmittelbarer Gegenstand der Herrschaft des Gläubigers, ist der Wille des Schuldners (nicht allgemein, sondern insoweit er sich in Bewegung setzen muss, um die geschuldete Leistung zu verwirklichen — also kurz: eine bestimmte Handlung des Schuldners). 2) Obligationsinhalt (oder Vermögensstoff der Obligatio) ist der durch den Entstehungsgrund (*causa obligationis*) bedingte und bestimmte Werthbetrag, welcher dem Gläubiger zu Theil werden soll, z. B. der durch den bestimmten Darlehnsvertrag gegebene Restitutionsgegenstand. 3) Leistungsobjekt ist die concrete Verkörperung des Obligationsinhalts, welche diesen im Augenblick der Leistung präsent macht; eine einzelne Sache (Species) kann Leistungsobjekt vieler Obligationen nach einander und auch gleichzeitig seyn, sowie umgekehrt Eine Obligation eine Anzahl von Leistungsobjekten zugleich umspannen kann.

2) *fr.* 21. *de cond. ind.* (12, 6). — 3) *fr.* 9 § 1. 2. *de duob. reis* (45, 2).

4) Vergl. namentlich Papinian in *fr.* 9. § 2. *eod.*: *in cujusque persona propria singulorum consistit obligatio.*

*nomina simul facta sunt: unius loco numerabuntur, quia unum debitum est*[1]*:* so nimmt sich diese Wendung im vollendeten System des classischen Rechts ziemlich fremdartig und unbehülflich aus. Wie ist Paulus dazu gekommen, wenn nicht durch Reminiscenz älterer Vorgänger? Es muß eine Ansicht laut geworden seyn, welche etwas Verwandtes mit der germanischen Neigung genossenschaftlicher Gesammtbildungen hatte und darauf hinauskam, die mehrern *correi* als Eine Person aufzufassen: wo Eine Person, da auch Eine Obligatio. Daß diese Neigung und Anschauung bei den Römern nicht durchgedrungen ist, erkennen wir aus jeder Seite des *Corpus juris.* Vielleicht war es eine Fraction der Sabinianer, von welcher jene Anschauung ausging, die in der Paulinischen Stelle nur wie ein ganz äußerlich gehaltenes Bild auftritt; wenigstens begründet der Umstand, daß Gaius entschiedene Vorliebe für die Unitätstheorie (welche, wie wir gesehen haben, bei seiner Auffassung der Bürgschaft, sowie der Novation hervortritt) verräth, und daß Sabinus mehr, als Proculus, sich zur Annahme einer *confusio plurium obligationum correorum* hinneigt[2], die Vermuthung, daß Gaius seine Theorie seinen verehrten „*praeceptores*" d. h. den Sabinianern verdankte.

Hiernächst sind noch drei Fragen zu berühren. 1) Warum haben die Römer nicht bloß der *solutio* und den materiellen Solutionssurrogaten (*in solutum datio, compensatio* und gerichtliche Deposition), sondern auch anderen Aufhebungsgründen (*acceptilatio, novatio, jusjurandum liberatorium, constitutum* und *litiscontestatio*) die Kraft eingeräumt, auf sämmtliche *correi* zu wirken? Es scheint mir, daß dies zunächst ein Rechtssatz der einfachen Consequenz war, indem man gewöhnt war, alle diese Aufhebungsgründe unter den dogmatischen Gesichtspunkt der *solutio* zu stellen, welche seit der Kaiserzeit der unbedingte Prototyp der obligatorischen Liberationsgründe geworden war; die *acceptilatio* sammt den daneben aufgeführten Liberationsgründen, die *litiscontestatio* nicht ausgeschlossen, hatten ja das Moment der (civilrechtlichen, bez. prätorischen) Consumtion mit der *solutio* und den materiellen Solutionssurrogaten gemein, sie erschienen demgemäß den Römern als formelle Solutionssurrogate; diese Auffassung gab ihnen ihren dogmatischen Karakter und bestimmte ihre praktische Wirkung[3]. Es hätte also nur die Frage noch entstehen können, ob es billig sei, der strengen Consequenz ihr Recht zu lassen.

2) Auf diesen Gesichtspunkt führt die zweite Frage: was es bedeutet, daß die Quellen so oft die „*electio*" zur Bezeichnung der *litiscontestatio* als allgemein wirkenden Tilgungsgrundes anführen? Es soll damit nicht der eigentliche Rechtsgrund der Allgemeinwirkung angegeben, sondern nur dieses Ergebniß der Rechtsconsequenz soweit möglich gegenüber dem Vorwurf der Unbilligkeit[4] gerechtfertigt werden[5]. Dafür, daß die *electio* d. h. das Herausgreifen eines der *correi* im Fall einer passiven Correalobligation, das Rechtsprincip selbst enthalte, findet sich in den Quellen nicht der geringste direkte Anhalt; dagegen heben diese bei der Erwähnung der Correalität in der Regel nur die *solutio* als gemeinsam wirkenden Tilgungsgrund hervor, und wo sie einen der

---

1) *fr.* 9. *pr. de pact.* (2, 14). Vergl. übrigens über des Paulus Unificirungsneigung *fr.* 4. § 7. *fin. reg.* (10, 1) und *fr.* 31. § 4. *de excus.* (27, 1). Dazu *Ulp.* in *fr.* 25. *ad municip.* (50, 1).

2) *fr.* 93. *pr. de sol.* (46, 3).

3) s. Kuntze d. Oblig. u. d. Sing.-Succ. S. 175—191. 196—205. 208—217., in Schletter's Jahrbüchern VI. (1860) S. 296—8 u. in der Münchner Viertelj. Schrift IX. (1867) S. 523. 524.

4) s. z. B. auch *fr.* 1. § 1. *nautae* (4, 9).

5) Anders Fitting d. Natur der Correalobligg. (1859.) S. 140. 170.

anderen Tilgungsgründe als alle Obligationen erfassend anführen, thun sie dies fast immer mit der Hinweisung auf dessen solutionsähnlichen Karakter. Die Electionstheorie also, so gut wie die Unitätstheorie, insinuirt den römischen Juristen einen den Quellen fremden Gesichtspunkt.

3) Durch welches Criterium unterscheiden sich diejenigen Solidarobligationen, bei welchen nur der sachlichen Befriedigung, d. h. der *solutio* und den materiellen Solutionssurrogaten, die Kraft allgemein wirkender Tilgungsgründe beigelegt ist, von den im engern Sinne s. g. Correalobligationen? Es ist nicht der unklare Gegensatz von (objektiver) Mehrheit und Einheit der Obligationen, sondern die natürliche Erwägung, daß in manchen Fällen ein Widerspruch mit dem Wesen der betreffenden Verpflichtung gegeben seyn würde, wenn der oder die Schuldner ohne sachliche Befriedigung des oder der Gläubiger liberirt würden. Hier tritt die Billigkeit gleichsam der strengen Rechtsconsequenz in den Weg und veranlaßt den Rechtssatz: *perceptione ab uno facta et celeri liberantur, non electione* [1].

## LXIX. Kapitel.

### II. Die Verkehrsfunction der Obligatio.

(Zu § 602—610.)

### Die Cession und die Singularsuccession.

Zu § 608] Die Fragen, ob das römische Recht eine Singularsuccession in Forderungen anerkannt habe, ob überhaupt eine solche denkbar sei, ob namentlich das deutsche Recht und unser heutiges Rechtsbewußtseyn eine solche statuire, gehören zu den brennenden Fragen der neueren civilistischen Dogmatik. Hier sollen diese Fragen nur in ihren allgemeinsten Umrissen berührt werden.

Das römische Recht besitzt in seiner classischen Zeit zwei streng von einander geschiedene Rechtsinstitute, *novatio* und *cessio*, welche für die Obligatio das leisten sollen, was die Function der sachlichen Singularsuccession für das Eigenthum ist. Die erste der oben genannten Fragen muß also dahin formulirt werden: ist der Begriff der Singularsuccession in der *novatio* oder der *cessio* enthalten oder damit verträglich?

Soll diese Frage nicht in doctrinären Dogmatismus sich verlieren, so muß die Aufmerksamkeit auf folgende zwei Punkte gelenkt werden. 1) Es gehört zum Wesen der sachlichen Singularsuccession, daß der *auctor* sein Recht dem Rechtsnachfolger überträgt ohne Mitwirkung und Genehmigung irgend welches Dritten, denn der *auctor* ist der allein Betheiligte und verfügt kraft alleinigen eignen Rechts. 2) Es gehört außerdem zum Wesen der sachlichen Singularsuccession, daß das übertragene Recht sich vollständig von der Person des *auctor* ablöst und zu einem selbständigen Recht in der Person des *successor* gestaltet. Dies sind diejenigen zwei Momente, durch welche die Leistungsfähigkeit dieses Rechtsinstituts für den Verkehr vornehmlich bestimmt wird. Untersuchen wir nun, wie sich hierzu die beiden oben genannten obligatorischen Institute verhalten, so zeigt sich folgender Unterschied derselben von der sachlichen Singularsuccession. 1) Zur Herbeiführung einer Novation muß immer ein Dritter, nämlich der Schuldner, welcher an einen

1) *fr.* 7. § 4. *quod falso tut.* (27, 6); *fr.* 1. § 43. *depositi* (16, 3).

neuen Gläubiger gewiesen werden soll, mitwirken, denn in vielen Fällen ist es dem Schuldner durchaus nicht gleichgültig, ob er den Titius oder den Maevius zum Gläubiger habe, und namentlich wird der Wechsel der Personen in allen den Fällen wichtig, wo dem Schuldner Einreden gegen den bisherigen Gläubiger zustehen, welche durch Substituirung eines anderen Gläubigers ihm verloren gehen würden. Hieraus ergibt sich, daß Novation — abgesehen davon, daß sie eine völlige Peremtion der alten *obligatio* wirkt — nimmermehr mit Singularsuccession im gewöhnlichen Sinne identificirt werden kann. 2) Die Cession, welche die Genehmigung und Mitwirkung des Schuldners nicht erfordert, begründet eben deshalb kein völlig neues und selbständiges Recht in der Person des Cessionars; selbständig ist dieser nur mit Rücksicht auf den Cedenten, denn für diesen hat die Cession die Bedeutung einer wahren Veräußerung; aber dem *debitor cessus* gegenüber erscheint der Cessionar nur wie der Vollzieher einer fremden Forderung, denn er muß sich die Einreden gefallen lassen, welche der *debitor cessus* auf Grund seiner Vermögensbeziehung zum Cedenten hat. Forderungen, deren Geltendmachung gehemmt werden kann durch Beziehungen eines Dritten, können nicht als eigne Obligationen dessen, der in ihrer Geltendmachung unselbständig ist, angesehen werden, und folglich fehlt der Cession ein wesentliches Moment der sachlichen Singularsuccession; es würde nur zu Begriffsverwirrungen führen, wenn man die Cession im Ernst mit der Singularsuccession vermengen wollte.

Der Begriff einer obligatorischen Singularsuccession würde voraussetzen, daß ein Gläubiger auf seine eigene Hand einen Anderen sich dergestalt substituiren könnte, daß der neue Inhaber der Forderung im vollsten Sinne als selbständig Berechtigter, wie wenn die Forderung in seiner Person entstanden wäre, gälte. Im römischen Verkehr hat sich kein Bedürfniß eines solchen Rechtsinstituts gezeigt, und es würde dem römischen Rechtssinne auch überaus schwer gefallen seyn, die Structur desselben zu gewinnen, denn die Singularsuccession setzt ein beharrendes Rechtsobjekt voraus, welches beim *auctor* und *successor* identisch ist; die Römer aber hielten an der Vorstellung fest, daß mit der Ablösung der *obligatio* vom ursprünglichen Gläubiger die *obligatio* untergehe, denn diese Vorstellung hing eng zusammen mit der Rechtsanschauung, welche immer die *obligatio* vom Gläubiger aus construirte, dessen Willen als den grundlegenden dachte und dem Schuldner wesentlich nur eine passive Rolle einräumte.

Ich habe früher angenommen, daß die römische Anschauung die ausschließlich richtige sei, bekenne aber jetzt, die Möglichkeit einer anderen Construction der Obligatio zugeben zu müssen. Es kommt Alles auf die Frage an, ob es denkar sei, daß bei wechselnden Gläubigern der obligatorisch gebundene Wille des Schuldners (die Handlung, welche das unmittelbare Rechtsobjekt der Obligatio bildet) in seiner durch die erste Obligatio gesetzten Bestimmtheit gewahrt und als eine objektive Existenz, analog einer Sache, behandelt werden könne. Die Römer würden mit Nein antworten, denn ihnen galt diese schuldnerische Handlung als ein am Willen des Gläubigers hängenden, lediglich durch dessen schöpferische Potenz hervorgehobenes und gehaltenes Rechtsobjekt. Anders die Deutschen: denn ihnen erscheint vielmehr der Schuldner als der Schöpfer der Obligatio, welcher seine Handlung bindet, dem fremden Willen unterwirft und so specialisirt, daß die Handlung als eine objektive und allgemein aus der Freiheitssphäre ausgeschiedene

Existenz gilt[1]. Es handelt sich dabei nur darum, 1) daß diese Ausscheidung in markanter Weise und so erfolgt, daß die obligatorische Handlung in den Rahmen einer körperlichen Sache gefaßt und für Jeden erkennbar wird, und 2) daß der Schuldner zugleich seinen Entschluß kund gibt, wirklich die bewußte Handlung zu einem beliebig transportablen (negociablen) Rechtsobjekt, welches dann ohne sein Zuthun vom ersten Gläubiger auf andere übergehen kann, zu stempeln. Es würde höchst unpraktisch und thöricht seyn, jede „Cession" für eine „Singularsuccession" zu erklären, aber das moderne Handelswesen verlangt und kennt Obligationen, welche in der That dazu eingerichtet und bestimmt sind, frei den Gläubiger zu wechseln, wie Sachen den Eigenthümer wechseln können. Das sind die negociablen Handelspapiere, welche durch ihre Fassung in stereotype Scripturen und durch ihre herkömmliche Form oder besondere Clauseln (Porteur-, Ordreclausel) den Willen des Schuldners, sie gleich Sachen circuliren zu lassen, an der Stirn tragen. In einem solchen Papier, das vom Schuldner (und zwar einseitig) creirt und emittirt wird, objektivirt derselbe seinen specialisirten Schuldwillen dergestalt, daß dieser nun wie ein Rechtsobjekt sinnlich und beharrend erscheint und ohne Schwierigkeit die einzelne Obligatio überdauern kann, um dann anderen Gläubigern, den Rechtsnachfolgern des ersten Gläubigers, zu dienen.

Ich glaube nicht, daß, wenn den römischen Juristen die Aufgabe gestellt worden wäre, ein Ordre- oder Inhaberpapier civilistisch zu construiren, sie auf die eben dargestellte Theorie gekommen seyn würden[2], weil sie von ihrem theoretischen Ausgangspunkt aus nicht dazu kommen konnten. Es scheint mir, daß auch sie von diesem ihrem Ausgangspunkt aus eine Construction jener Creditpapiere gefunden haben würden, ja ich bin der Ansicht, daß die Novationstheorie, welche von mir früher für Wechsel und Inhaberpapier deducirt und verfochten worden ist, diejenige gewesen seyn würde, zu welcher sie, wenn durch den Verkehr gedrängt, gegriffen haben würden. Insofern halte ich meinen früheren Standpunkt fest, wie er von mir in mehreren Stellen[3] auseinandergesetzt worden ist. Allein ich gestehe jetzt zu, daß es noch einen anderen Ausgangspunkt der Construction gibt, zu welchem die Elemente durch die deutsche Auffassung der Obligatio geboten werden. Dieser andere Ausgangspunkt gehört in den Zusammenhang der von mir verfochtenen Creationstheorie; mit dieser, glaube ich, steht und fällt die Idee einer obligatorischen Singularsuccession.

Es würden hiernach drei Institute zu unterscheiden seyn, welche der Bewegung der Obligationen im Verkehr dienen. 1) die Novation (römisch-civilrechtlichen —), 2) die Cession (römisch-prätorischen —) und 3) die obligatorische Singularsuccession (deutschen Ursprungs). Die ersteren zwei entsprechen, sich gegenseitig ergänzend, dem Wesen und Bedürfniß des gewöhnlichen bürgerlichen Verkehrs, während das dritte Institut vorzugsweise dem Handelsrecht entspricht.

---

1) Vergl. Kuntze i. Archiv f. deut. Wechselrecht u. Handelsrecht VIII. (1859) S. 398—411.

2) Vergl. dagegen Bruns Zur Geschichte d. Cession (Symb. Bethm.-Hollw. 1868) S. 29 ff. und Hartmann d. Obligation (1875) S. 158. Anm. 14.

3) Kuntze d. Obligation u. Singularsuccession. (1856) S. 73—77. Die Lehre v. d. Inhaberpapieren (1857) S. 217—250. Deutsches Wechselrecht. (1862) S. 312-317, und in der 3. Ausgabe der Holzschuher'schen Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts. III. (1864) S. 151. 152.

# LXX. Kapitel.

## III. Gefährdung der Obligation.

(Zu § 611–620.)

### Von den Verzugszinsen.

Zu § 618] Der Cursus behandelt in diesem Kapitel Verschuldung und Verzug mit Rücksicht auf bestehende Obligationen. Es ist daneben (in § 612) nur kurz angedeutet, daß Verschuldung auch als Entstehungsgrund von Obligationen (s. Cursus § 621. 622. 628), ja auch als ein Moment des Klagpetitum bei dinglichen Klagen (s. Cursus § 519. 545) vorkommt. Das Gebiet des Verzugs ist beschränkter, denn von *mora* im engern Sinne ist nur im Obligationenrecht und zwar nur in Bezug auf bestehende Obligationen die Rede.

Daß im Fall der *mora* die betreffende Obligation sich inhaltlich erweitert, indem sie neben dem wesentlich bezweckten Vermögenswerth auch auf Deckung des Nachtheils geht, welcher sich für den Gläubiger an die Verschuldung oder Verzögerung knüpft, ist im Cursus (§ 618. 619) erwähnt. Es fragt sich aber, worin dieser (zu deckende) Nachtheil bestehen könne und wonach sich bestimmen lasse, was *id quod interest* (*omnis utilitas*) im einzelnen Fall sei.

In vielen Fällen ist nach freier Abschätzung festzustellen, in welcher Summe sich der zu deckende Vermögensnachtheil darstelle, z. B. wo eine übernommene Mühwaltung dem Gläubiger zu spät geleistet wurde. In anderen Fällen ist ein bestimmter Anhalt dafür gegeben, indem die Sache, um deren Herausgabe es sich handelt, eine fruchttragende ist, und folglich dem Gläubiger durch Verzögerung der Herausgabe der einstweilige Fruchtgenuß entzogen bleibt, dessen Werth nun das zu ersetzende Interesse bildet. Den Früchten stehen im Verkehr die Zinsen gleich, welche aus dem einem Anderen vorgestreckten Capital gewonnen werden können; die Möglichkeit solcher verzinslichen Anlegung und damit der Zinsengenuß entzieht sich dem Gläubiger so lange, als der Schuldner mit der Leistung der schuldigen Quantität zögert, und, auch wenn nicht immer anzunehmen ist, daß der Gläubiger die empfangene Quantität anderweit verzinslich anlegte, kann doch der übliche Zinsenbetrag den Maaßstab geben für Quantificirung der Vermögenseinbuße, welche den Gläubiger wegen des eine Zeit lang vorenthaltenen Capitals trifft. Aus dieser natürlichen Erwägung ergibt sich der Rechtssatz, daß im Fall verzögerter Leistung der schuldigen Quantität fungibler Sachen der Schuldner noch zur Leistung von s. g. Verzugszinsen verpflichtet werde.

Das ältere römische Recht kannte nur den Vertrag als Rechtsgrund der Zinsenverbindlichkeit und verlangte die Form der Stipulation dafür[1]; seitdem aber der Satz angenommen war, daß einem *bonae fidei negotium in continenti* Nebenverträge beigefügt werden könnten[2], waren auch Zinsennebenverträge statthaft. Noch weiter ging die Praxis, indem sie den Richter ermächtigte, in Fällen des Verzugs des Schuldners diesen auch ohne allen Vertrag in Verzugszinsen zu verurtheilen. Noodt[3] bemerkt zufolge *fr. 60.*

---

1) s. Cursus § 666. — 2) s. Cursus § 646.

3) *de foenore et usuris, lib. I. c. 5,* und *lib. III. c. 6. 7.*

*pro socio (17, 2)*, daß Labeo dazu den ersten Anstoß gegeben haben möge. Zwar sagt dort Labeo nur, daß wenn der *socius* die Herausgabe des Societätsgewinns verzögere und das Societätsgeld in den eigenen Vortheil verwende, er als Ersatz des Interesse Zinsen leisten solle[1]. Allein es lag nahe genug, daß von der Idee des Interesse aus die Praxis der Verzugszinsen sich entwickelte; und daß diese Entwickelung nicht durch die Gesetzgebung, sondern eben durch die Praxis erfolgte, erkennen wir aus Papinian's Aeußerung: *propter moram usuras quoque reddi placuit*[2]. Marcian schon sprach diesen Grundsatz allgemein aus: *in bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur*[3], und noch weiter gingen kaiserliche Constitutionen, welche den Richter anwiesen, *ex aequo et bono* überall da, wo eine Ausgleichung des gegenseitigen Interesses der Parteien Bedürfniß war, auf Zinsenleistung zu erkennen. *Et est quidem constitutum, in bonae fidei negotiis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio*[4].

Verzugszinsen konnten nur bei *bonae fidei obligationes* vorkommen, denn die *stricti juris judicia* gingen immer streng auf *certum*, Zinsen aber tragen vermöge ihrer Beziehung auf die wechselnde Zeit den Begriff des Ungewissen in sich. Nach Analogie der *bonae fidei obligationes* wurden dann auch bei Fideicommissen Verzugszinsen angenommen, und dieses später auf Legate erstreckt[5]. Die Verzugszinsen laufen bis zur Verurtheilung fort, von da an kommen s. g. *usurae rei judicatae* in Frage. Die Höhe der Verzugszinsen bestimmte sich nach dem Herkommen der Gegend innerhalb des gesetzlich erlaubten Zinsenmaaßes[6]: *cum judicio bonae fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est, constituitur: ita tamen, ut legi non offendat*[7]. *Usurae rei judicatae* betrugen 12 Procent[8].

Die Verzugszinsen fallen unter die gesetzlichen Zinsen. In diese Kategorie gehören außerdem die Zinsenverbindlichkeiten, 1) welche zu Gunsten des Fiscus und der Minderjährigen wegen aller ihnen zustehenden fälligen Geldforderungen ohne Weiteres begründet werden[9]; 2) welche den treffen, welcher fremdes Geld unbefugt in seinen Nutzen verwendet hat und dafür nun die betreffende Summe schuldet[10]; 3) die des Käufers, welcher den Besitz der Waare erhalten hat, ohne den (nicht creditirten) Preis zu leisten[11]. In den Fällen gesetzlicher Zinsen (auch in dem Fall sub 3?) besteht keine selbständige *obligatio usurarum*, wie im Fall stipulirter oder legirter Zinsen[12], sondern die Zinsen können nur mit der auf das Capital gerichteten Klage, also nicht mehr, wenn diese bereits angestellt und consumirt ist, geltend gemacht werden: *pretii sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, quum hae non sint in obligatione, sed officio judicis praestentur*[13]. — Zu diesen nur auf das *officium judicis* gestellten Zinsen gehören auch die aus Nebenverträgen bei *bonae fidei contractus*.

---

1) v. Madai d. Lehre v. d. Mora. S. 356.
2) *fr. 24. pr. de usu leg.* (33, 2). — 3) *fr. 32. § 2. de usur.* (22, 1).
4) *Pap. fr. 24. depositi* (16, 3); dazu *Paul. fr. 7. de negot. gest.* (3, 5).
5) *Gai. 2, 280; Paul. Sent. rec.* 3, 8. § 4; *fr. 34. de usur.* (22, 1).
6) Vergl. Cursus § 667. — 7) *Pap. fr. 1. pr. de usur.* (22, 1).
8) *c. 1. de usur. rei jud.* (7, 54). — 9) *fr. 17. § 5. 6; fr. 43. de usur.* (22, 1).
10) *fr. 1. § 1. eod.; fr. 10. § 3. mandati* (17, 1). — 11) *fr. 13. § 20. 21. de act. emti* (19, 1).
12) Vergl. Cursus § 666. — 13) *Hermog. fr. 49. pr. de act. emti* (19, 1).

# LXXI. Kapitel.

## IV. Begründung der Obligationen.

(Zu § 621–628.)

### *Conventio* und *pollicitatio.*

Zu § 623] Nicht selten werden die *jurata operarum promissio* und die *dotis dictio*[1] mit der *pollicitatio reipublicae facta* und dem *votum* zusammengestellt, allein sie unterscheiden sich von diesen schon *prima facie* bedeutsam. 1) Die ersteren betreffen rein private, die letzteren vielmehr öffentliche und mehr oder weniger allgemeine Angelegenheiten; bei jenen ist der Patron, der Ehemann, bei diesen ein Gemeinwesen, sei es ein politisches, oder ein sacrales, interessirt. 2) Die ersteren sind solenne, die letzteren dagegen formlose Rechtsgeschäfte, wenigstens müssen wir vom juristischen Standpunkt Formlosigkeit annehmen, obschon von der *nuncupatio voti* erzählt wird, daß sie *praesentibus satis multis* geschehen mußte[2]. Aber eben in der Art der Form, in welche die *operarum promissio* und die *dotis dictio* eingekleidet wurden, liegt der Grund eines dogmatischen Zweifels. Man streitet darüber, ob diese Rechtsgeschäfte ein- oder zweiseitiger Natur, m. a. W., Pollicitationen oder Conventionen (Verträge) seien. Ersternfalls würde zur Erzeugung der Obligatio einseitige Erklärung des Schuldners genügen, letzternfalls aber hinzukommender Consens des Gläubigers erfordert werden.

Offenbar ist im römischen System des *commercium inter vivos* der Vertrag die Regel, das einseitige Rechtsgeschäft die Ausnahme. Schon darum spricht die Vermuthung dafür, daß die *operarum promissio* und die *dotis dictio* nicht zu den Pollicitationen gehören.

Es ist ferner sehr erklärlich, daß, während bei Zusagen an Gemeinden und Gottheiten einseitige Erklärung genügte, des Patrons, des Ehemanns Consens hinzukommen mußte: denn eine Zusage der ersteren Kategorie erging auf Grund einer genossenschaftlichen Lebensbeziehung, der Schuldner verpflichtete sich da gleichsam mitten im Kreise der Genossen stehend und sprechend, und es war, als ob in ihm der Genosse mit dem Privaten contrahire, d. h. er sich selbst verpflichte. Ohne den Rahmen der politischen oder sacralen Genossenschaftlichkeit aber verflüchtigt sich der einseitige Akt; soll nur ein einzelner Privatmann Gläubiger werden, so muß diesem gegenüber die Verpflichtung übernommen werden; ohne speciell an denselben gerichtet zu seyn und seinen Consens vorauszusetzen oder aufzurufen, müßten die gesprochenen Worte in den Wind verklingen, d. h. wirkungslos bleiben. Es ergibt sich also aus der privaten Function der *operarum promissio* und *dotis dictio,* daß ihre Structur die eines Vertrags war.

Allein eine eigenthümliche Erscheinung im römischen Rechtswesen sind sie dennoch. 1) Vermöge ihres Erfordernisses der *verborum figura* nähern sie sich der *stipulatio,* aber unterscheiden sich wesentlich von derselben dadurch, daß sie ein solennes Reden nur auf der einen Seite (des Schuldners) verlangen: nicht das Rechtsgeschäft also, wohl aber die Solennität desselben ist einseitiger Natur. 2) Während sonst im römischen Verkehr der Gläubiger maaßgebend und redend im Vordergrund steht, hat hier der Schuldner die

---

1) Ueber den Gebrauch der Worte *dicere* und *promittere* s. Ulpian in *fr.* 19. § 2. *de aedil. ed.* (21, 1).
2) s. Rudorff i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. VII. S. 241.

maaßgebenden Worte zu sprechen, und bei der *dotis dictio* gebührt sogar überhaupt die ganze Initiative dem Schuldner; auf Seiten des zu Berechtigenden kommt nur der Consens in Frage, welcher in jeder Form, vor oder nachher, kund gegeben seyn kann[1].

Es leuchtet ein, daß die genannten Eigenthümlichkeiten, ohne Schärfe aufgefaßt, leicht Anlaß werden konnten, diese zweiseitigen Rechtsgeschäfte mit jenen einseitigen Rechtsgeschäften auf Eine Linie zu stellen, und den Consens des Gläubigers zu ignoriren, weil er nicht solenn, wie die Erklärung des Schuldners, zu seyn brauchte. Zu bemerken ist aber dabei, daß auch sonst dem römischen Recht einseitige Solennität eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts nicht fremd war: die *expensilatio* zeigt uns eine solche, nur daß hier nicht vom Schuldner, sondern Gläubiger die maaßgebende Solennität ausging, und anderseits des Schuldners *nudus consensus* genügte[2]. Wenn bei der *operarum promissio* eines *libertus* und der *dotis dictio* gegenüber einem Bräutigam oder Ehemann oder dessen Gewalthaber der zu Verpflichtende die maaßgebenden Worte zu reden hatte, so lag der Grund davon in der Natur der Handlung: bei der *juratio* wirkte der Patron als der, welcher den Eid abnahm, persönlich mit und hatte in dieser Rolle genügende Gelegenheit, seinen Einfluß geltend zu machen; bei der *dotis dictio* aber war dies gerade ein Gewinn, daß der Ehemann, um eine unter Umständen so delicate Zusage entgegenzunehmen, nicht Worte zu machen nöthig hatte, die Initiative des Bestellers abwarten und ohne Redensarten den Anspruch erwerben konnte.

## LXXII. Kapitel.

### V. Aufhebung der Obligationen.

(Zu § 629—638.)

### Acceptilation und Zahlung.

Zu § 636] Neuerdings sind in Pompeji Wachstäfelchen gefunden worden[3], welche von Mommsen in Zusammenhang mit dem Acceptilationsritus gebracht worden sind. Diese Täfelchen enthalten Quittungen, welche einem Geschäftsmann, Jucundus, theils über Auctionserlöse, theils über Pachtgelder, die er an die Interessenten gezahlt hatte, ausgestellt wurden. Ueber die Auctionsquittungen bemerkt Bruns[4]: „der Jucundus war Auctionator, der zugleich die Gelder von den Käufern eintrieb (*argentarius coactor*), ihren Betrag aber gleich nach der Auction an den Verkäufer im Vorschuß auszahlte. Die Quittungen der Verkäufer über den Empfang dieser Vorschußzahlungen sind es nun, die der Jucundus in dem Kasten aufbewahrt hatte. Sie enthalten daher sämmtlich außer der Summe auch als Bezeichnung der *causa* die Worte *ob auctionem*, und weil die Summe immer die war, die der Jucundus von den Käufern einzuziehen und daher von ihnen stipulirt hatte, die Worte: *quae pecunia in stipulatum L. C. Jucundi venit*. Außerdem ist mit den Worten *mercede minus* angedeutet, daß von der Summe der Betrag des Auctionshonorars abgezogen ist“.

1) Anderer Ansicht ist noch Czyhlarz (Zeitschr. f. Rechtsgesch. VII. S. 244 und röm. Dotalrecht S. 114), indem er der Auffassung der *dotis dictio* als einer umgekehrten Stipulatio ausdrücklich zustimmt: bei der Stipulation ist die Solennität eine beiderseitige. Mit der Ansicht im Text stimmt überein Voigt d. *jus naturale III*. 1. S. 178.

2) Vergl. Kuntze die Lehre von d. Inhaberpapieren S. 341. 358. u. Cursus § 668.

3) s. oben (Excurse) S. 462. 463.

4) Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIII. (1877) S. 362.

Das Quittungsbekenntniß war dem Jucundus gegenüber von den Verkäufern entweder mündlich vor den zugezogenen Zeugen abgelegt und demgemäß dann in der Urkunde gesagt: *accepisse se dixit*, oder unmittelbar (und nur) in der Urkunde ausgedrückt mit den Worten: *accepisse me scripsi*. Mommsen[1] ist der Ansicht, nur die letzteren Fälle enthielten einfache Empfangsbekenntnisse, die ersteren Fälle dagegen seien Urkunden über Acceptilationen im strengen civilrechtlichen Sinne und dabei die Zuziehung von sieben Zeugen[2] üblich gewesen[3]. Mit Recht hat indeß Bruns dagegen geltend gemacht, daß in den beurkundeten Formeln weder eine Gliederung in Frage und Antwort, noch überhaupt ein constanter Wortgebrauch ersichtlich sei, daß die Formel *dixit se habere* ganz allgemein für wirkliche Empfangsbekenntnisse gebraucht wurde und von Scaevola[4] deutlich zwischen *accepisse* und *accepto tulisse* unterschieden wird. Acceptilation kam nur bei Verbalobligationen vor, aber in jenen Urkunden ist nirgends eine Andeutung darüber, daß die Quittungen sich auf solche bezögen; von Stipulationsurkunden wissen wir, daß sie im 3. Jahrhundert als Surrogat des Stipulationsaktes galten, aber daß diese Laxheit bei Stipulations- und Acceptilationsurkunden schon im Anfange des 1. Jahrhunderts der Kaiserzeit Platz gegriffen hätte, ist völlig undenkbar; übrigens war zu dieser Zeit der Satz, daß durch Zahlung die Obligatio *ipso jure* getilgt ward, gewiß schon außer Zweifel, denn die Sabinianer behaupteten Gleiches selbst von der *in solutum datio*, und folglich wäre es überflüssig gewesen, neben der reellen Zahlung und ihrer Bezeugung noch eine Acceptilation vorzunehmen.

## LXXIII. Kapitel.

### VI. Schutz der Obligationen.

(Zu § 639–646.)

### I.

### Privilegien im Schuldrecht.

Zu **§ 639**] Wenn es zur gerichtlichen Geltendmachung einer Obligation kommt, so treten die allgemeinen Grundsätze des Klagenrechts in Anwendung; doch gibt es Ausnahmen, indem in gewissen Fällen der Schuldner, in anderen der Gläubiger privilegirt ist.

A. *Beneficium competentiae.* Seit alter Zeit waren Vater und Mutter, Schwiegervater und Patron, sowie des Letzteren Eltern und Kinder, ferner der Ehemann in Betreff der Dos, endlich wer mit der *actio pro socio* oder aus einem Schenkungsversprechen in Anspruch genommen wurde, darin bevorzugt[5], daß sie nicht *ultra facultates* verurtheilt werden sollten[6]: *tenentur non in integrum [in solidum*[7]*], sed in id tantum, quod facere possunt*[8].

Es wurde dabei der aktive Vermögensbestand zur Zeit des Urtheils ins Auge gefaßt, ohne Rücksicht auf sonstige den Verurtheilten belastende Schul-

---

1) Hermes XII. S. 106 ff.

2) Diese Fälle zeigen 6–11 Siegel, die Urkunden mit *scripsi* dagegen höchstens 5 und darunter immer zwei vom Gläubiger selbst, also nur 3 Zeugensiegel.

3) Uebereinstimmend Karlowa in Grünhut's Zeitschr. IV. S. 502 ff.

4) *fr.* 89. *pr. de solut.* (46, 3). — 5) Ueber das gleiche Privileg der *Milites* s. Cursus § 930.

6) *fr.* 84. *de jure dot.* (23, 3); *fr.* 49. *de pact.* (2, 14).

7) *Ulp. fr.* 14. § 1. *sol. matr.* (24, 3). — 8) *Paul. fr.* 25. *de re jud.* (42, 1).

den: *non deducto aere alieno*[1]. Das Privilegium erschien in Gestalt der *exceptio, ut, quatenus facere potest, condemnetur*[2]: wir müssen hieraus schließen, daß Kläger sein Recht auf den Rest verlor. In der Zeit der classischen Jurisprudenz ward, wenigstens nach Ansicht des Paulus, angenommen, daß auch noch bei der Execution besondere Rücksicht zu nehmen, d. h. dem Schuldner die ihm zum Lebensunterhalt unbedingt nöthigen Mittel zu lassen seien: *ratio habenda est, ne egeat*[3]. Diese Einschränkung ist dann auch in das Justinianische Recht übergegangen, dabei aber festgesetzt, daß der Rest nachgefordert werden dürfe, wofern der Schuldner wieder *in meliorem fortunam* kommen sollte[4].

B. *Privilegium exigendi*[5]. Wenn über das Vermögen eines Schuldners wegen des Zusammentreffens mehrer Gläubiger Concurs ausbricht, so scheiden sich die hypothekarischen Gläubiger von den anderen, den s. g. chirographarischen, indem sie Vorausbefriedigung aus den ihnen verpfändeten Stücken beanspruchen können, und nur der etwaige Ueberrest den Chirographariern zugute kommt. Unter diesen aber, bez. unter den Hypothekariern, insoweit sie aus ihren betreffenden Pfändern nicht volle Befriedigung erlangt haben, findet Vertheilung der Concursdividende nach Maaßgabe ihrer festgestellten Schuldbeträge Statt; doch gibt es dabei Ausnahmen, indem manche Personen, bez. manche Arten von Forderungen der Art privilegirt sind, daß sie bei dieser Vertheilung den concurrirenden chirographarischen Forderungen vorgehen. Dieses Vorrecht im Concurs heißt *privilegium exigendi,* weil es ein Vorzugsrecht in Betreff der Eintreibung der Forderung ist.

a) Ein solches Vorrecht ist dem Fiscus (insoweit seine Forderungen nicht durch fiscale Hypotheken gedeckt sind), sowie dem Regenten und seiner Gemahlin[6], den Stadtgemeinden[7], der Ehefrau betreffs ihrer Dos[8] und den unter Vormundschaft Befindlichen in Ansehung ihrer Ansprüche aus der Vormundschaftsführung[9] eingeräumt.

b) Außerdem hat ein solches Vorzugsrecht Jedermann, welchem ein Anspruch wegen verlegter Begräbnißkosten[10], oder aus einem zum Wiederaufbau eines Gebäudes[11], bez. zur Herstellung eines Schiffs vorgestreckten Darlehn[12], oder aus dem Verkauf eines Schiffs wegen rückständigen Kaufpreises[13], oder aus einem Darlehn behufs Ausbesserung einer *communis insula*[14], oder endlich aus einem unverzinslichen Gelddepositum gegen einen *argentarius* zusteht[15].

Die Fälle *sub* a) heißen *privilegia personae,* diejenigen *sub* b) aber *privilegia causae;* letztere gehen auf die Erben des Gläubigers über. — Unter ihnen sollen die Fiscalforderungen und Begräbnißkosten einen unbedingten Vorzug haben, der Art, daß sie auch den übrigen etwa concurrirenden privilegirten Posten im Concurs vorgehen. Das Privileg erscheint hier als potenzirt.

---

1) *fr.* 16—18. *eod.*; mit Ausnahme des besonders privilegirten *donator: is solus deducto omni aere alieno: fr.* 19. § 1. *eod.*
2) *Tryph. fr.* 33. *de novat.* (46, 2) — 3) *fr.* 173. *pr. de R. J.*
4) *c. un.* § 7. *de rei uxor. act.* (5, 13). — 5) Vergl. dazu Cursus § 574—7.
6) *fr.* 6. *de jure fisci* (49, 14). — 7) *fr.* 10. *ad municipalem* (50, 1).
8) *fr.* 22. § 13. *soluto matrim.* (24, 3). — 9) *fr.* 42. *de admin. tut.* (26, 7).
10) *fr.* 45. *de relig.* (11, 7). — 11) *fr.* 24. § 1. *de reb. auct. jud. possid.* (42, 5).
12) *fr.* 26. *eod.* — 13) *fr.* 34. *eod.* — 14) *fr.* 52. § 10. *pro soc.* (17, 2).
15) *fr.* 24. § 2. *de reb. auct. jud. poss.* (42, 5).

## II.

### Das *pactum nudum* und die Naturalobligation.

Zu § 643] Es gehört sicher zu den größten Merkwürdigkeiten der modernen Wissenschaft, welche sich mit antiken Stoffen beschäftigt, daß sie nach jahrhundertelanger Bemühung, uns in den Geist des Alterthums mitten hinein zu versetzen, doch zuweilen noch in Bezug auf Fragen, welche so recht aus der Fülle des antiken Systems heraus sich gleichsam von selbst lösen zu müssen scheinen, im Dunkeln tappt. Eine solche Frage ist die, ob zu den Entstehungsgründen der Naturalobligation auch das *pactum nudum* gehöre. Es genügt, anzuführen, daß v. Savigny[1] diese Frage bejaht hat, und doch scheue ich mich nicht, zu behaupten, daß wohl kaum ein unrömischerer Gedanke erfunden werden könnte, als diese Bejahung.

Zuerst drängt sich hier der Gedanke auf, es müßte, wenn die Bejahung richtig wäre, das *pactum nudum* eine so eminente Rolle im Verkehr gespielt haben, daß es fast unbegreiflich wäre, davon keine Spur mehr in den Digesten zu finden. Man denke nur an das *constitutum debiti,* für welches die Basis einer Naturalobligation genügend war! Von da aus wäre durch einfaches *pactum geminatum* eine klagbare Forderung erzeugt worden: welch' monströses Gebilde! — Es läßt sich aber auch ziemlich direkt aus den Quellen erweisen, daß den Römern diese Ungeheuerlichkeit fremd geblieben ist.

1) Wichtig ist zunächst in dieser Beziehung ein allgemeiner Ausspruch des Pomponius, welcher gerade für die Entstehung von Naturalobligationen (zwischen Herrn und Sklaven) das Vorhandenseyn einer *causa civilis* verlangt[2]: daß aber ein *pactum nudum* nicht zu den *causae civilis* gehört, ist gewiß.

2) Hiermit stimmt ein Ausspruch Ulpian's, welcher sagt, daß wenn *nulla causa* vorhanden sei, eine Obligation überhaupt nicht entstehen könne; daß hiermit auch das Entstehen einer Naturalobligation verneint seyn soll, ergibt sich aus dem Schluß der Stelle, wo im ausdrücklichen Gegensatz zu jener Negative die Wirkung der *nuda pactio* auf die Erzeugung einer *exceptio* beschränkt wird[3]: Exceptionen aber haben an und für sich mit Naturalobligationen gar nichts zu thun.

3) Entscheidend ist folgender Ausspruch Ulpian's: *Si quis ita interrogat: „Dabis?" responderit: „Quidni?" is utique in ea causa est, ut obligetur. Contra, si sine verbis adnuisset: non tantum autem non civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit; et ideo recte dictum est, obligari pro eo nec fidejussorem quidem*[4]. Daß hier der Grund dieser vollen Wirkungslosigkeit in der Kraftlosigkeit eines formlosen Consenses (*pactum nudum*), nicht aber in einem inneren Gegensatz von solenner und unsolenner Willenserklärung liege[5], ergibt sich aus *fr. 27. § 9. de pact.* (*2, 14*) und *fr. 8. pr. de acceptil.* (*46, 4*), wonach ein wegen irgend welchen Grundes ungültiger Acceptilationsakt doch (im Zweifelsfalle) ein *utile pactum* in sich trägt. Ein ganz anderer Fall liegt vor, wenn Stipulatio und Constitutum die Alternative bilden[6], denn der *animus constituendi* trifft nicht einfach im Consens mit der *stipulatio* zusammen, wie dies mit dem *animus paciscendi* allerdings der Fall ist, sondern der *animus constituendi* enthält, weil er eine

1) Obligationenrecht I. § 7. — 2) *fr.* 40. § 2. *de pecul.* (15, 1). — 3) *fr.* 7. § 4. *de pact.* (2, 4). — 4) *fr.* 1. § 2. *de V. O.* (45, 1). — 5) wie v. Savigny behauptet. — 6) *fr.* 1. § 4. *de pec. const.* (13, 5).

schon bestehende Verbindlichkeit voraussetzt und eigentlich nur eine neue Zahlungszusage bezweckt[1], ein *aliud*, nicht ein bloßes *minus* im Vergleich mit der *stipulatio*.

Gegen diese bestimmten Argumente kommen weder die ganz allgemein lautenden und gar keinen bestimmten Rechtssatz enthaltenden Stellen[2] auf, noch die zweifelhafte Stelle bei Paulus in *Sent. rec. I, 1,* wo das *pacti obligatio* entweder als *contractus obligatio* zu verstehen[3], oder mit einer anderen Lesart (*pacti exceptio:* wofür die Stellung des Wortes *solummodo* spricht) zu vertauschen ist; noch auch das vielbesprochene, von Ulpian[4] angeführte Rescript des Septimius Severus und Caracalla, wonach *ex nudo pacto usurae naturaliter debitae* sind, und solche Zinsen wirklich gezahlt und nicht zurückgefordert werden können: denn das „*naturaliter deberi*" aus einem solchen s. g. *pactum usurarium* bezeichnet noch keine eigentliche Naturalobligation, und drückt hier zunächst nur den Wegfall der *condictio indebiti* aus[5]. Vielleicht hängt jenes Rescript zusammen mit der anderen gleichfalls von Ulpian[6] berücksichtigten Constitution derselben Kaiser[7], wonach der Gläubiger, welchem *nudo pacto* Zinsen zugesichert und Pfänder bestellt sind, diese bis zur vollen Befriedigung auch wegen der Zinsen retiniren darf. Offenbar liegen hier Specialbestimmungen vor, welche strict zu interpretiren sind und nicht zu dem Begriff einer wirklichen Naturalobligation ausgeweitet werden dürfen, am wenigsten die letztere Bestimmung, welche im Grunde nur auf Anerkennung einer *exceptio* hinauskommt[8].

Ueber die von dem normalen Recht der Naturalobligation abweichenden Fälle von Naturalverbindlichkeiten des *pupillus,* sowie des *debitor absolutus* vergl. Schwanert[9] und v. Keller[10].

---

## Zweiter Abschnitt.

## Die einzelnen Arten der Obligationen.

---

### LXXIV. Kapitel.

### Die Urbildungen der Vertragsobligatio.

(Zu § 647—652.)

#### Die Umbildung der *sponsio*

Zu § 651] Offenbar hat die *sponsio* im Lauf der Zeiten eine wesentliche Umbildung erfahren, welche es möglich machte, späterhin sie nur als

1) s. Cursus § 703—705.

2) wie *fr.* 84. § 1. *de R. J.* (*alicujus fidem sequi*), *fr.* 1. *pr. de pact.* (2, 14: *fides humana*) und *fr.* 95. § 4. *de solut.* (46, 3: *vinculum aequitatis*).

3) Vergl. dazu Paulus in *fr.* 80. § 3. *de contr. emt.* (18, 1): *quaesitum est, an pacto contineretur.*

4) in *fr.* 5. § 2. *de solut.* (46, 3) *jct. c.* 3. *de usur.* (4, 32).

5) s. Cursus § 645. sub 2. — 6) *fr.* 11. § 3. *de pignor. act.* (13, 7).

7) *c.* 4. *de usur.* (4, 32); dazu *c.* 22. *eod*

8) Vergl. Brinz Kritische Blätter civilistischen Inhalts No. 3 (1853) S. 16 ff. Schwanert die Naturalobligationen des römischen R. (1861) S. 97. 123—154. Schlesinger Zur Lehre v. d. Formalcontracten (1858) S. 91. u. v. Scheurl in Ihering's Jahrbb. f. die Dogmatik VII (1865) S. 343—351.

9) a. a. O. S. 372. 381. 385—391. 444. 449. — 10) in Bekker's Jahrb. d. gem. R. IV. S. 373.

eine formelle Unterart der einfachen und ganz profanen Stipulation aufzufassen[1]. Ursprünglich muß die *sponsio* ein sacraler Akt gewesen seyn. Wann aber ist jene Umbildung der *sponsio* vor sich gegangen? Diese Frage wird sich schwerlich je mit voller Sicherheit beantworten lassen.

Vielleicht kann das Ende des 4. Jahrhunderts als der entscheidende Zeitraum vermuthet werden[2]. Seit dem J. 367 v. Chr. gab es einen eignen Magistrat, den Prätor, für die Jurisdiction; wir wissen aber, welches wichtige Proceßmittel die Stipulation in der Hand des Prätor war: es liegt daher nahe, die Qualification der Stipulation für diesen Dienst mit dem wachsenden Einfluß der Prätur in Zusammenhang zu bringen. Appius Claudius setzte es in seiner revolutionären Censur (a. 312—8 v. Chr.) durch, daß der Herculescult an der *ara maxima Herculis* von der *gens Potitia* auf *servi publici* übertragen ward. Daß schon vorher jener Ritus eine Wendung zum Weltlichen genommen, läßt sich daraus schließen, daß jenes Geschlecht dabei mit 50,000 Libralas entschädigt wurde. Im Jahre 300 v. Chr. eröffnete die *lex Ogulnia* auch das Pontificat den Plebejern, und mit Ewählung des Tib. Coruncanius zum *Pontifex Maximus* fiel dann die letzte ständische Sacralschranke. In diese Zeit allgemeiner Profanisirung mag auch die Profanisirung der *sponsio* fallen.

Dazu kommt Folgendes. Wenn die von Rudorff[3] rücksichtlich der *lex Appuleja, Furia* (*de sponsu*), *Valeria* und *Publilia* vermutheten Jahrangaben annähernd richtig sind, so würde etwa der Zeitraum 390—342 v. Chr. das allmähliche Auftauchen der *promissio* neben der *sponsio* im Bürgschaftsgebiete enthalten. Das war um die Zeit, wo auch das *Nexum* in anderer Weise (durch die *lex Poetelia*) eine bedeutende Abschwächung seiner altnationalen Art erfuhr, und wohin auch die *lex Silia*, welche eine neue *legis actio* gewährte, ohne Bedenken gesetzt werden kann. Es war eine Zeit des Umschwungs und beginnender Neuerungen im Verkehrsleben, eine solche Zeit konnte auch an der *sponsio* nicht spurlos vorübergehen.

## LXXV. Kapitel.

### Die Stipulation.

(Zu § 653—667.)

Zu § 653] Die Stipulation vertritt gewissermaaßen den Handschlag, das Handgeld (*arrha*)[4] und die Urkunde zugleich, sie ist ein Meisterstück klarer, nüchterner und männlicher Entschlossenheit. Mit der Frage dringt der, welcher das Forderungsrecht erobern, erwerben will, auf den zu Verpflichtenden ein; eine Frage enthält immer etwas Anregendes und Aufforderndes, und der Impuls macht sich um so energischer geltend, je knapper die Formulirung der Rede dabei ist. Die Stipulationsfrage ist so eingerichtet, daß ein einziges Wort der Erwiderung genügt. Ist das erwiderte Wort deutlich, so ist das Band geknüpft und der Vertrag zu Stande. Kurz ist der Raum zwischen Frage und Antwort unter Anwesenden, haarscharf die Linie zwischen Freiheit und Gebundenheit! Ein Wörtlein, das nicht breiter als ein Punkt ist, macht den Abschluß, und ob es gesprochen sei oder nicht, wie kann das noch fraglich werden unter verständigen Ehrenmännern?! So

---

1) Vergl. Cursus § 654. — 2) Vergl. oben (Excurse) S. 174.
3) R. Rechtsgesch. I. § 20. — 4) s. Cursus § 332. 654.

ist die *stipulatio* ein Bild einfachster Plastik, und ihre Verbreitung über die ganze antike Culturwelt, ihre Erhaltung durch viele Jahrhunderte reichster Verkehrsentwickelung nimmt nicht Wunder[1]. Man versteht aber die praktische Tragweite eines solchen straffen Organismus erst dann recht, wenn man als Gegenbild beispielsweise die in der Ueberfülle erregsamer Phantasie unstete und verschwommene Sprache der heutigen Hindus im Verkehr hinstellt. „Es gehört", so schreibt ein Missionar aus Indien, „ein ordentliches Studium dazu, all' die Freiheiten und Wendungen der tamulischen Umgangssprache, mit denen die Leute oft das gerade Gegentheil von dem Wortlaut ausdrücken, zu verstehen, und alle die Sprüchwörter und bildlichen Ausdrücke, die sie statt Ja und Nein so gern brauchen, zu verstehen". — Man denke sich ferner deutsche Bauern in der Schenke Stunden lang über ein Vertragsanerbieten herüber und hinüberredend, streitend, aufklärend, wiederholend, Stimmungen wechselnd! Man weiß, wie oft hier hinterdrein gerade die Hauptfrage, ob denn der beiderseitige Wille der Verhandelnden sich schließlich zum Vertragsentschluß zusammengefaßt und aufgerafft habe, im Nebel bleibt. Da drängt nun der Römer mit der blanken Spitze der *stipulatio* auf den Anderen ein, und in diesem Augenblick muß sich entscheiden, ob der Entschluß zur Reife gelangt sei. Mit der Antwort auf diese Schlußfrage ist aller Zweifel von der Entscheidung überwunden.

Eine geist- und lehrreiche Betrachtung stellt J. Christiansen[2] an. Hiernach lassen sich[3] 4 Stufen in der Geschichte der stipulatorischen *verborum figura* unterscheiden: 1) „Frage und Antwort ist der unmittelbarste Ausdruck des ganzen innern Hergangs, welcher Vereinigung aus dem Zweifel und nicht bloß Einigkeit ist. Eine gebildetere, mehr abstrahirende Zeit wird sich in der Regel damit begnügen, das reine Resultat, die Einigkeit, mit Weglassung der Interrogative, rein positiv darzustellen, vorzüglich wenn sie sich schriftlicher Darstellung bedient. . . . Die neueren gebildeteren Sprachen gebrauchen zum Ausdruck absoluter Bejahung oder Verneinung der Frage ein einfaches Abstractum, welches absolut und rein nur Bejahung oder Verneinung ohne weitere Bestimmung ist (Ja! Nein!). Die älteren concreteren Sprachen haben nur eine concrete Bejahung. So auch die römische Sprache. Statt der reinen Antwort hat sie nur ein Antworten auf dieses Gefragte. Es wird in der Antwort mehr oder minder alles Gefragte wieder aufgenommen. Der Antwortende kann noch nicht nach-denken und nach-wollen, ohne nachzusprechen, und hat die instinctmäßige Vorsicht, bei dieser Weise, die ihm dienlicher und sicherer ist, zu bleiben. Denn nur, wenn das Gefragte nachgesprochen ist, können beide Theile sicher seyn, daß auch dasselbe gemeint ist. Das Kind sagt nicht, was es nicht meint, und meint, empfindet nicht, ohne zu sagen, oder ohne sich sonst zu äußern . . . Wir dagegen lassen häufig die inhaltschwersten Versprechungen durch ein bloßes „Ja" ableisten. Jedoch bei der feierlichsten Form der Aussage oder Zusage durch rechten Eid verlangen auch wir noch jenen ursprünglich ganz allgemein üblichen, umständlichen, detaillirten Ausspruch. Es ist einleuchtend, in welchem Grade diese concrete Bejahung größere Garantie des Einverständnisses und Ernstes gibt als die abstracte. Es ist zwischen beiden in Hinsicht der Zuverlässigkeit ungefähr der Unterschied, wie ob man eine zu hebende Last

1) Vergl. Cursus § 137 und Excurse S. 174 ff.
2) Institutionen des röm. R. (1843). S. 305—316.
3) Abgesehen von dem Element der *bona fides* und dem Hinzukommen der Scriptur.

mit dem bloßen Augenmaaß probirt und approbirt, oder sie wirklich auf die Schultern nimmt . . . Der Promittent soll dasselbe sagen, was gefragt wurde; das ist vor allen Dingen: er soll dasselbe ganz sagen, denn ohnedies ist nicht zu ersehen, ob er ganz dasselbe meint . . . Die Interpretation des bloßen Wortes gibt hier noch keine Ungerechtigkeit. Das Wort wird interpretirt, wie es gesprochen ist, und es war wirklich nur der laute Gedanke selbst, nicht aber, wie es später häufig der Fall ist, ein den Gedanken bloß bedeutendes Zeichen".

2) „Allmählich aber neigt sich die Sprache mit dem Gedanken zur Abstraction hin. Um eine Frage zu beantworten, wiederholt man nicht mehr das ganze Gefragte, sondern das Frageverbum. „*Visne mecum proficisci Capuam? Volo!* oder *Proficiscar!*" Die allgemeine Sprachsitte machte sich auch in Rechtsgeschäften geltend. Dazu kam, daß in den Formelbüchern der älteren Juristen[1] schon in den Stipulationsparadigmen die Antwort der Abkürzung wegen mit dem bloßen Verbum geschrieben wurde . . . Das wesentlich Sichernde und Bindende der *stipulatio*, d. i. Befestigung der Wort in Wort gefugten Rede, war damit verschwunden. Sie war jetzt nur: unumwundene, mündliche, persönliche Vereinbarung in Frage- und Antwort-Form".

3) „Die Pedanterei bestand hierbei oft auf eine ganz nutzlose formelle Congruenz. Die bessern Juristen der classischen Zeit aber waren längst darüber einig, daß die Sprache gleichgültig sei, daß man auf die Frage *Dare spondes* sehr wohl *Dabo* statt *Spondeo*, auch selbst *Quidni* oder *Certe* antworten könne . . . . Alles nicht bloß müßige, sondern selbst schädliche Formelwesen an der Stipulation wurde, soweit nicht das Edikt und die bessere Jurisprudenz dasselbe überwältigt hatten, durch kaiserliche Constitutionen allmählich beseitigt"[2].

4) „Ein wesentlicher Fortschritt in dieser Tendenz ist die Verfügung des Kaiser Leo, daß es bei der Stipulation auf gar keine Wortübereinstimmung und Wortfassung mehr ankommen sollte, so daß von da an auch selbst die Frage- und Antwortform nicht mehr als erforderlich zu erachten war. Dadurch war aber die alte Stipulation, der Verbalcontract, seinem eigenthümlichen Wesen nach aufgehoben". —

Wir knüpfen hieran einige weitere Betrachtungen.

Das erste und allgemeinste Element der Stipulatio ist, daß sie in einer *verborum proprietas* besteht. Dieses ist ihr bis auf Justinian geblieben, welcher es nur noch mittels einer *praesumtio juris et de jure* theilweise aufrecht hielt, in Wirklichkeit preisgab[3]. Sehen wir von dem Gebrauch der Stipulationsurkunden ab, so läßt sich sagen, daß die gesammte Geschichte der Stipulation von Appius Claudius und Flavius bis auf Justinian sich innerhalb dieses allgemeinen Rahmens hält.

Das nächstwichtige Element, welches der *verborum proprietas* recht eigentlich erst ihr specielles Gepräge gibt, ist die Beiderseitigkeit der Rede, und zwar die Gliederung in Frage und Antwort, mit der Initiative des Gläubigers. In dieser Gestalt des *con-dicere* tritt die Stipulatio von An-

---

1) „Das sieht Jeder, dass die Stipulation etwas nicht zufällig, allmählich und unmerklich, sondern mit Ueberlegung auf einmal von den Juristen Gemachtes und durch ihre Actionenbücher Eingeführtes ist. Ich halte schon Flavius für den Erfinder. Die Zeit der Erfindung fand in der Stipulation nichts Andres, als eine bündige Rede, die so bequem war, wie man sie wünschen konnte". J. Christiansen d. Wissenschaft d. röm. Rechtsgesch. S. 374.

2) z. B. *c.* 11. 12. 14. *de contr. stip.* (8, 38). — 3) s. Cursus § 974.

fang an auf, und dieselbe ist ihr geblieben bis auf Leo. Die Zweigliederung bildet das Fundament ihrer Structur: erst von Leo ist dasselbe verlassen worden[1]. Wir sehen, daß wir da nicht mehr auf classischem Boden stehen; der Sinn der antiken Plastik, welcher entschieden jene Gliederung forderte, ist im Untergehen. Durch diese Gestalt unterscheidet sich die Stipulation, wie wir gesehen haben, von der *dotis dictio:* die Mitgiftszusage ist in Wahrheit bloß eine *dictio,* die Stipulatio eine *con-dictio.*

## LXXVI. Kapitel.

### Die Expensilatio.

(Zu § 668—671.)

Die Organisation der *codices accepti et expensi* ist bis jetzt nicht mit Sicherheit ermittelt, da in den Quellen uns nur mangelhafte Nachrichten erhalten sind. Den Ausgangspunkt der Forschung muß immer die von Gaius im 3. Buch seiner Institutionen gelieferte Darstellung abgeben, allein diese Darstellung ist ungemein kurz, und macht nicht an allen Stellen[2] den Eindruck voller Zuversichtlichkeit des Darstellers; wir wissen nicht, ob zu seiner Zeit der Privatgebrauch dieser Hausbücher noch in Blüte stand. Außerdem finden wir einigen Anhalt in Cicero's Reden und Schriften, allein die rednerische Benutzung zweifelhafter Beweismittel muß uns zur Vorsicht bei den in den Reden vorkommenden Stellen mahnen, und an ausführlicheren Angaben fehlt es überhaupt. Die Schilderung bei *Pseudo-Asconius* (*ad Cic. in Verr.*) ist offenbar nicht exact und fußt nicht auf eignen Wahrnehmungen.

Als feste Punkte, von welchen aus die Forschung zu operiren hat, sind etwa folgende anzusehen: 1) die in die Hausbücher eingetragenen Posten (*nomina*) waren nur Geldposten; in anderer Anwendung wird die *expensilatio* nicht genannt. 2) Die Eintragung hatte nicht den Zweck eines Beweismittels, sondern der Obligationsbegründung: gerade darin waren sie den *arcaria nomina* entgegengesetzt; unter diesen sind wohl Darlehnsurkunden zu verstehen, welche dem Gläubiger zum Beweis dienten und in der *arca* aufbewahrt wurden[3]. Auch die Hausbücher konnten allerdings im Proceß zum Beweis gebraucht werden, namentlich dann, wenn ihre Vorlegung vom Gegner veranlaßt und ihr Inhalt gegen den Schreiber selbst citirt ward[4]; allein dies bildete nicht ihren eigentlichen Zweck. 3) Der wesentliche Akt bei der Obligirung war die Eintragung durch den Gläubiger: *in nominibus alius* (*i. e. creditor*) *expensum ferendo obligat*[5]. Es ist auch natürlich, daß die Begründung der *obligatio*, nachdem der Schuldner seinen Consens gegeben, nicht dessen Willkür und Aufmerksamkeit überlassen blieb, sondern dem Gläubiger anheim gegeben wurde, welcher vor Allem dabei interessirt war, daß die Eintragung nicht unterbleibe[6]. Dies wird bestätigt durch *Auct. ad Herenn. 2, 13: Consuetudine jus: quod genus, id quod argentario tuleris expensum, a socio ejus recte repetere possis,* sowie durch *Cic. pro Rosc. Com. 4. 5: Adnume-*

1) s. Cursus § 653 u. 974.

2) z. B. 3, 133: *quodammodo juris civilis* — 3, 134: *literarum obligatio fieri videtur.*

3) *Gai.* 3, 131; *fr.* 27. § 1. *de furt.* (47, 2). Vergl. hierzu Hecht die röm. Kalendarienbücher (Asher's Rechtsgesch. Abhandlungen. Heidelb. 1868 Heft I.). S. 20—24.

4) *Expensam latam non esse, codices Fannii confirmant: Cic. pro Rosc. Com. c.* 5. (s. unten im Text). — 5) *Gai.* 3, 137.

6) Aus demselben Gesichtspunkt möchte ich auch vermuthen, dass der formale Tilgungsakt in dem Löschungsvermerk lag, den der Schuldner in seine Hausbücher, mit Consens des Gläubigers, eintrug.

*rare sese negat: expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat; reliquum est, ut stipulatum se esse dicat. Praeterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio. Pecunia petita est certa . . . Haec pecunia necesse est aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit,* und unterstützt durch zwei Stellen des Pomponius[1], welcher bemerkt, daß durch einseitige *relatio in rationes* der Eintragende nicht obligirt werde.

Halten wir nun fest, daß in diesen Hausbüchern nur Geldposten standen, und daß Obligirung der Eintragungszweck war, so können wir nicht annehmen, daß sie vollständige Kassabücher oder allgemeine Vermögensbilancen waren. Die Römer waren keine Kaufleute. Sie trugen Forderungsposten ein, welche verabredeter Maaßen die Natur einer *certa pecunia* erhalten sollten, um *condictio certi* zu begründen, dem Anspruch den Nachdruck eines Succumbenzgeldes zu verschaffen und der *condemnatio pecuniaria* vorzuarbeiten; auf diese strebte ja damals jeder Civilproceß hin, und in dieser Spitze zeigte sich die energische Exigibilität aller glatten Forderungen. Neben der *expensilatio* diente die *stipulatio* dazu; allein da diese *inter absentes* nicht Platz griff, mußte die *expensilatio* die Lücke im Verkehr ausfüllen. Je mehr es dann üblich wurde, sich der Sklaven und der Argentarien zum Contrahiren zu bedienen, kam die Sitte der privaten Expensilatio ab.

Nach der Darstellung bei Gaius gab es keine Expensilatio, die nicht *transscriptio* war, d. h. eine *novatio* enthielt: und dies stimmt völlig mit dem oben angegebenen Zweck des Eintragens. Die Eintragung substituirte immer eine neue formale *causa:* aus den *literae* ward nun geklagt, sei es, daß *inter easdem personas* die neue Obligatio bestand (*transcriptio a re in personam*), oder daß ein neuer Schuldner *delegando* eintrat (*transscr. a persona in personam*). So wenig unsere Wechsel heutzutage die Rolle einer Wirthschaftsübersicht spielen, so wenig die *Codices accepti et expensi* bei den Römern. Sie waren Negociirungsinstrumente, und ihr wesentlicher Effect bestand in Novation: in jenem Institut der Hausbücher hat sich zweifelsohne zuerst die Rechtsidee der Novation entwickelt.

Auch der Ausdruck *transscriptio* deutet darauf hin. Von Anderen, namentlich von Keller, ist derselbe zwar als ein Doppeleintrag des Postens, welcher zugleich auf der einen und der anderen Seite (im Sollen und im Haben) zu stehen gekommen und also von einer Seite auf die andere hinübergeschrieben worden sei, verstanden worden, indeß würde das eine sehr kunstreiche Buchführung und einen complicirten Gebrauch der *Codices* voraussetzen, wie er von classischen Schriftstellern nicht bezeugt ist; auch scheint mir das Wort *transscriptio* mit nichten den Sinn eines Doppeleintrags haben zu können. Weit näher liegt es, *transscriptio* als nachträgliche umbildende Buchung zu verstehen, ganz analog der *translatio obligationis* oder *debiti*[2], womit Gaius, Papinian und Ulpian die Novation bezeichnen; Cicero nennt den Eintrag demgemäß: *rationum in tabulas translatio*[4], und bezeichnet in ähnlicher Weise die Umschreibung eines Testaments mit *testamentum in alias tabulas transscribere*[5]. Der Ausdruck *transscriptio* bot sich für jene Procedur um so natürlicher dar, weil es zu jenen Zeiten Sitte war, daß Rechtsge-

---

1) *fr.* 49. *de pecul.* (15, 1) und *fr.* 26. *de donat.* (39, 5).

2) Vergl. Ulpian in *fr.* 3. § 3. *de Scto Maced.* (14, 6): *si in creditum abii filiofamilias vel ex causa emtionis, vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi.*

3) s. Cursus § 603. — 4) *Cic. pro Rosc. Com. c.* 3.

5) *Cic. pr. Cluent. c.* 14. Mit dieser Auffassung stimmt auch das in *socios nomina transferre* in der Erzählung bei Liv. 35, 7.

schäfte augenblicklich, wenigstens jeden Tag, in ein einfaches Tagebuch (*adversaria s. rationes*) notirt, und von da, etwa allmonatlich, in die ständige Haustafel übertragen wurden.

Bis zu diesem Uebertrag galt der pränotirte Posten als schwebender Posten (*jacens in adversariis*), durch den definitiven Uebertrag ward er in einer *literarum obligatio* fixirt und mit strenger Klage ausgestattet. *Nomen transscriptum* ist der Gegensatz des *nomen jacens.* Gewiß erfuhren diesen Uebertrag nur solche Posten, welche mit Genehmigung des Schuldners speciell diese Verstärkung erhalten sollten, und namentlich dann, wenn sie wegen Abwesenheit des Schuldners nicht durch Stipulation bekräftigt werden konnten. In früheren Jahrhunderten, bevor das Contrahiren durch Sklaven allgemein üblich geworden war, und bevor die Rechtsgewohnheit der Consensualcontracte feststand, mögen die Hausbücher überhaupt vornehmlich dem *commercium inter absentes* gedient haben; auch das theilen sie mit den Wechselbriefen, welche von jeher auf *distantia loci* berechnet waren. Die *expensilatio* war in jener Zeit eine geradezu nothwendige Ergänzung der Stipulation, und sie erhielt sich dann auch neben dem ausgebildeten Sklavenverkehr und Consensualcontractsystem so lange, als in alter ächtrömischer Weise auf die Proceßstrenge der *condictiones certi* Werth gelegt ward.

Die wichtigste Quelle neben Gaius ist Cicero in seiner *Or. pro Roscio Comoedo c. 1—5.* Hier heißt es im Zusammenhang einer fingirten Wechselrede zwischen dem Kläger C. Fannius Chaerea und Cicero, dem Vertreter des beklagten Roscius: *Exspecto, quam mox Chaerea hac oratione utatur: Egone hanc manum et hos digitos meos impellere potui, ut falsum perscriberent nomen? Quodsi ille suas proferet tabulas: proferet suas quoque Roscius. Erit in illius tabulis hoc nomen: at in hujus non erit. Cur potius illius, quam hujus, credetur? Scripsisset ille, si non jussu hujus expensum tulisset? non scripsisset hic, quod sibi expensum ferri jussisset? .. Si tabulas C. Fannius accepti et expensi profert suas, in suam rem, suo arbitratu scriptas, quominus secundum illum judicetis non recuso. Ratum habebit Roscius. Profer! . . . Quid ita non profers? Non conficit tabulas? Immo diligentissime. Non refert parva nomina in codices? Immo omnes summas. Leve et tenue hoc nomen?* H-Sccciↄↄↄ (*centena millia*) *sunt. Quomodo tibi tanta pecunia extraordinaria jacet? quomodo* H-Sccciↄↄↄ *in codice accepti et expensi non sunt? .. Nimium cito, ait, me indignari de tabulis; non habere se hoc nomen in codice accepti et expensi relatum confidetur; sed in adversariis patere contendit. Usque eone te diligis et magnifice circumspicis, ut pecuniam non ex tuis tabulis, sed ex adversariis petas? Suum codicem testis loco recitare, arrogantiae est; suarum perscriptionum et liturarum adversaria proferre, non amentia est? Quodsi eandem vim, diligentiam auctoritatemque habent adversaria, quam tabulae, quid attinet, codicem instituere? conscribere? ordinem conservare? memoriae tradere literarum vetustatem? . . Quid est, quod negligenter scribamus adversaria? quid est, quod diligenter conficiamus tabulas? qua de causa? quia haec sunt menstrua, illae sunt aeternae; haec delentur statim, illae servantur sancte; haec parvi temporis memoriam, illae perpetuae existimationis fidem et religionem amplectuntur; haec sunt dejecta, illae in ordinem confectae. Itaque adversaria in judicium protulit nemo, codicem protulit, tabulas recitavit. Tu Piso, tali fide ornatus, ex adversariis pecuniam petere non auderes. . . . Illud*

*quaero: quam pridem hoc nomen, Fanni, in adversaria retulisti? Erubescit; quid respondeat, nescit. Sunt duo menses jam, dices. Tamen in codicem acceptum et expensum referri debuit. Amplius sunt sex menses. Cur tamdiu jacet hoc nomen in adversariis? Quid, si tandem amplius triennium est? Quomodo, quum omnes, qui tabulas conficiant, menstruas paene rationes in tabulas transferant, tu hoc nomen triennium amplius in adversariis jacere pateris? Utrum cetera nomina in codicem accepti et expensi digesta habes, an non? Si non: quomodo tabulas conficis? si etiam: quamobrem, quum cetera nomina in ordinem referebas, hoc nomen triennio amplius, quod erat in primis magnum, in adversariis relinquebas? Nolebas sciri, debere Roscium. Cur scribebas? Rogatus eras, ne referres. Cur in adversariis scriptum habebas? — Sed haec quamquam firma esse video, tamen ipse mihi satisfacere non possum, nisi a C. Fannio ipso testimonium sumo, hanc pecuniam ei non deberi... Pecunia tibi debebatur certa; quae nunc petitur per judicem; in qua legitimae partis sponsio facta est*[1] ... *Judicium est pecuniae certae, arbitrium incertae. Quid est in judicio? directum, asperum, simplex. Quid est in arbitrio? mite, moderatum ... Hic ab arbitro ad judicem venire est ausus. Adnumerasse sese negat, expensum tulisse non dicit, quum tabulas non recitat. Reliquum est, ut stipulatum se esse dicat. Praeterea enim quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio*[2]. *Stipulatus es? Ubi? quo die? quo praesente? .. Pecunia petita est certa, quum tertia parte sponsio facta est. Haec pecunia necesse est aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit. Datam non esse, Fannius confitetur; expensam latam non esse, codices Fannii confirmant; stipulatam non esse, taciturnitas testium concedit.* —

Die Ansicht Keller's[3], daß *nomina arcaria* diejenigen Geldposten seien, welche durch reelle Numerationen begründet als bloße Casseneinträge in den Codex zu stehen gekommen wären, findet ebensowenig in *Gai. 3, 132* einen Anhalt[4], als die andere Aufstellung, daß *acceptilatio* der entsprechende Eintrag des Postens als Schuldposten in den eignen Codex des Schuldners gewesen sei, vereinbar ist mit der sonstigen Bedeutung der *acceptilatio*, die bei der Stipulation bekanntlich nicht Begründung und Anerkennung einer Schuld, sondern Tilgung und Anerkennung der Tilgung bezeichnete. Für diese Ansichten geben *Cic.* in *Verr. I, 36* und *Cic. pro Rosc. Com. c. 3* keineswegs den Beweis, welchen v. Keller's summarische Behauptung darin findet, und am allerwenigsten sprechen diese Stellen für den Keller'schen Grundgedanken, daß der *expensilator* den formellen Posten auf beide Seiten des Buches zugleich (*trans*-) geschrieben habe, vielmehr gibt die in *Cic. pro Rosc. Com. c. 3* enthaltene Wendung: *Cur tamdiu jacet hoc nomen in adversariis? quum omnes, qui tabulas conficiant, menstruas paene rationes in tabulas transferant?* geradezu die Schüler'sche Bedeutung des Wortes: *transscribere*, die auch allein mit des Gaius Darstellung (*a re in personam, a persona in personam transscriptio fit*) verträglich und harmonisch ist, an die Hand.

---

1) Vergl. Cursus § 270. 703.

2) Vergl. Pomp. in *fr. 1. de annuis legat.* (33, 1): *dari debet, sicut ex stipulatu aut nomine facto petatur.* Bei Paulus in *fr. 16. de admin. tutor.* (26, 7) ist das *nomina facere s. contrahere* nicht mehr im alten Expensilationssinn gebraucht.

3) Grundriss z. Vorles. üb. Instit. u. Antiqu. d. R. R. (Berl. 1854—8) S. 102—111.

4) Vergl. auch *fr. 2. § 5. de reb. cred.* (12, 1) und *fr. 7. de novat.* (46, 2).

Die Ansicht Ihering's[1], daß das *expensum et acceptum ferre* seiner ursprünglichen Tendenz und seinem Aeußeren nach nichts weiter als ein Beweismittel gewesen sei, stimmt gleichfalls nicht mit den Darstellungen bei Cicero und Gaius; nur dies ist zuzugeben — und etwas Weiteres liegt auch in Cicero's rednerischen Digressionen nicht —, daß die *Codices* unter Umständen wohl zur Beweisführung benutzt werden konnten, namentlich dann, wenn der Gegner, in dessen Codex der Gläubiger die Verzeichnung des Postens vermuthete, die Vorlegung dieses Codex zur Vergleichung mit dem seinigen, welcher die *expensilatio* enthielt, behufs des Beweises des vom Beklagten etwa bestrittenen Consenses veranlaßte. Es lag allerdings in dieser Sitte ein beweiskräftiges Element, indem wahrscheinlich zur ordnungsmäßigen Haltung des *codex* mit gehörte, daß Jeder auch die Schulden eintrug, welche mit seiner Bewilligung (*jussus, consensus*) im Codex des Gläubigers als *nomina transscripta* auftraten: ein ordentlicher Geschäftsmann mußte seine *literalia debita* schon deßwegen buchen, damit die richtige Basis für den späteren Acceptilationsvermerk gelegt wurde, der sonst ein *referens sine relato* gewesen seyn würde. Außerdem — und dieses Moment tritt in der *Or. pro Roscio* namentlich hervor — konnte unter Umständen der in Anspruch genommene Schuldner den Gegenbeweis damit führen, daß er Vorlegung des Codex vom Kläger verlangte, welcher, wenn er diesen ordentlich führte, nicht durch dolose nachträgliche Expensilation sich den gewünschten Klaggrund (für *condictio certi*) verschaffen konnte; denn jeder Posten mußte zur gegebenen Zeit eingetragen seyn, Verspätigung begründete Verdacht, und fehlte der Expensilationsvermerk im Buche, so wurde Kläger schlechthin sachfällig. So lange die Sitte gut beobachtet ward, gewährte sie demnach indirekt auch dem Schuldner einen Schutz, und es ist begreiflich, daß die Sitte der *Codices*, die zunächst und vornehmlich dem Formuliren strenger Klagrechte dienen sollte, in der Praxis zugleich zur Bedeutung eines Beweismittels kommen konnte. Immer aber ist festzuhalten, daß diese Bedeutung nur eine secundäre war, und Pseudo-Asconius (in *Verr. I, 23, 60*) mag nicht ganz Unrecht mit seiner Bemerkung haben, daß, als (der Zweck des Formulirens strenger Klagrechte zurück und) der exoterische Zweck der Beweiserpressung hervortrat, die Sitte der Privatcodification mißliebig wurde und in Verfall kam: *sed postquam obsignandis literis reorum ex suis quisque tabulis damnari coepit, ad nostram memoriam tota haec vetus consuetudo cessavit.*

## LXXVII. Kapitel.

### Realcontracte.

(Zu § 672—679.)

#### *Creditum* und *mutuum*[2].

Zu § 672. 673] Der Ausdruck *Creditum* bezeichnet kein eigentliches Rechtsinstitut, sondern im Grunde nur ein ökonomisches Verhältniß, ähnlich wie *intercessio, transactio, donatio*[3]. Ursprünglich mag das Wort vorzugsweise von dem Verhältniß des Nexum-Gläubigers ausgesagt worden seyn;

1) Geist d. R. R. II. § 47. (S. 620).
2) Vergl. Cursus § 139. — Ueber die Ableitung des Wortes *mutuum* s. oben (Excurse) S. 175. Anm. 2. Dazu Glück Comment. XI. S. 466. und Schilling Lehrb. f. Instit. III. S. 221.
3) s. Cursus § 466.

dann wurde es erstreckt auf das *mutuum*, die *expensilatio* und *stipulatio;* überall handelte es sich hier um eine *condictio certi*, und davon kam es, daß man später noch bei dem Worte *creditum* leicht an *condictio certi* dachte. Allein der Begriff wurde infolge der *lex Cornelia de satisdationibus*, des *Sctum Macedonianum* und andrer Gesetze im Wege freier Interpretation weiter und feiner ausgebildet und zuletzt auf jeden Fall ausgedehnt, wo man sagen konnte, daß ein bestimmt quantificirbarer Vermögenswerth im Vertrauen auf des Schuldners Solvenz demselben aus der Hand des Gläubigers zufloß, um später in diese Hand zurückzufließen[1]. Hiernach fällt z. B. auch das *depositum*, sowie das Gestunden des Kaufpreises unter den Begriff des *creditum*, und *Gaius* (*3, 124*) sagt mit Hinblick auf jene *lex Cornelia: Pecuniam creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa* ***damus***, *sed omnem, quam tunc, cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri, i. e. quae sine ulla conditione deducitur in obligationem; itaque et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est, eam debitum iri, licet post tempus petatur. Appellatione autem pecuniae* ***omnes res*** *in ea lege significantur; itaque si vinum vel frumentum, aut si fundum vel hominem stipulemur, haec lex observanda est.* Von da aus erweiterte sich der Begriff des ***creditor*** über das ganze Schuldrechtsgebiet. *Gaius ad Edictum* bestätigt: *Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur*[2], und Ulpian sagt sogar: *Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacunque actione vel persecutione, sive pure, sive in diem, vel sub conditione*[3]. Das Wort ***Creditum*** ward aber noch immer gern in einem etwas engern Sinne gebraucht, sowie er sich namentlich im Edikt und dessen Interpretation festgestellt zu haben scheint. Mit Rücksicht auf dieses bemerkt Ulpian: *Quoniam multa ad contractus varios pertinentia jura sub hoc Titulo Praetor inseruit, ideo* ***rerum creditarum*** *titulum praemisit. Omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur, nam ut* ***Celsus*** *ait,* ***credendi generalis appellatio est.*** *Ideo sub hoc titulo Praetor et de commodato et de pignore edixit*; *nam cuicumque rei assentiamur, alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu,* ***credere*** *dicimur*[4]. Paulus fügt hinzu: *Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione*[5].

Auch das ***mutuum*** gehörte unter den Begriff des *creditum*, und ganz vornehmlich. In der ungeschickten Etymologie: ***ex meo tuum*** *fit*, liegt nichts weiter, als der dogmatische Grundgedanke des *mutuum*[6]. ***Creditum*** *a* ***mutuo*** *differt, qua genus a specie; nam creditum consistit extra eas res, quae pondere, numero, mensura continentur: sicut si eandem rem recepturi sumus, creditum est. Item mutuum non potest esse, nisi* ***proficiscatur*** *pecunia* (wenn nicht ein reeller Vermögenswerth übergeht auf den Schuldner), *creditum autem interdum, etiamsi nihil proficiscatur, veluti si post nuptias dos promittatur*[7]. Die Wendung in *creditum ire* oder *abire* oder *dare* wird

---

1) Vergl. Voigt Ueb. die *condictiones ob causam* und über *causa* und *titulus* im Allgemeinen (1862) S. 258–274.
2) *fr.* 11. *de V. S.* — 3) *fr.* 10. 12. *eod.* — 4) *fr.* 1. *de reb. cred.* (12, 1).
5) *fr.* 2. § 5. *eod.*; dazu Pomp. in *fr.* 7. *de nov.* (46, 2).
6) *Gai.* 3, 90; *Paul.* in *fr.* 2. § 2. *de reb. cred.* (12, 1).
7) *fr.* 2. § 3. *eod.*

vorzugsweise von den Fällen eigentlichen Darlehns (Rückgabe in Sachen derselben Gattung) gesagt[1].

## LXXVIII. Kapitel.

### Consensualcontracte.

(Zu § 680—701.)

### I.

### Der civilrechtliche Kauf.

Zu § 683] Der Kauf so, wie wir ihn uns als ursprünglich einfachste Verkehrsbewegung aus dem Tausch hervorgehend zu denken haben[2], ist ein Geschäft Zug um Zug, welches sofort beim Abschluß auch zur Ausführung gelangt. So erscheint noch heute das Kaufgeschäft im alltäglichen Kleinverkehr auf dem Markt, am Ladentisch. In dergleichen Fällen tritt nur ausnahmsweise das Bedürfniß hervor, das Kaufgeschäft als Quelle einer Obligatio zu behandeln. Der Obligationseffect wird daher erst dann sich zu einem bestimmten Rechtsinstitut ausbilden, wenn der Körper des Kaufgeschäfts sich mobilisirt und gliedert, die beiden Seiten der Erfüllung auseinandertreten, die Preisleistung einerseits, die Waarenlieferung anderseits betagt, gestundet wird. Dann erscheint der Kauf als Creditkauf, als Liefergeschäft. Dies sind die beiden Figurationen, in denen der Kauf sich namentlich als Handelsgeschäft zeigt. Alle feineren Rechtsfragen (außer der Evictionsleistung und dem ädilicischen Edikt) hängen sich an diese zwei Kaufsgestalten. Aber noch an einem anderen Punkte erkennen wir die allmähliche Entwickelung und Umbildung des Kaufs in die Natur des Handelsgewerbes.

Der einfachen Natur des ursprünglichen Kaufs entspricht es, daß mehr der Käufer als der Verkäufer im Vordergrund steht: er sucht den Verkäufer d. h. die Waare, er holt sich die Waare: *emit* = *sumit*[3]; im Mancipationsritus hat er die Initiative, spricht er die wesentlichen Worte der *nuncupatio;* daher bildete sich die Wortverbindung *emtio venditio*, in welcher der Käufer vorangestellt erscheint. Wie wir aus *Cic. de off. 3, 16* erkennen, gab ursprünglich die *nuncupatio*, also die Rede des Käufers, den Maaßstab für die Haftung des Verkäufers. Allein mit der Zeit entwickelt sich eine Bewegung in der Richtung vom Käufer nach dem Verkäufer hin, letzterer tritt nun mehr und mehr in den Vordergrund. Die Vorstellung, daß der Verkäufer ein gewerbsmäßig feilhaltender Händler sei, regiert den Kauf und gestaltet ihn um. In mancher Beziehung macht sich die Rücksicht des Feilhaltens geltend[4]; beim Kauf bewirkt sie, daß der Verkäufer als *legem dicens* gedacht, die Verabredung nun als *lex venditionis* bezeichnet wird[5]. Dieser Initiative des Verkäufers gemäß sollte er nun das Risico der Interpretation tragen[6], wurde ihm auch bloße (dolose) Verschweigung angerechnet[7], ja man verlangte, daß vom Verkäufer zuerst geleistet werde[8].

---

1) *Gai.* 4, 116*a*; *fr.* 24. § 4; *fr.* 27. § 1. *de minor.* (4, 4); *fr.* 2. § 1; *fr.* 4. *pr.* § 1; *fr.* 41. *de reb. cr.* (12, 1); *fr.* 19. *i. f. ad Sct. Vell.* (16, 1); *fr.* 31. *loc.* (19. 1).
2) *Paul. fr.* 1. *de contr. emt.* (18, 1): dazu Schilling Lehrb. f. Institutionen III. § 290. S. 358.
3) Vergl. dazu Bechmann d. Kauf I. S. 19 ff.
4) s. z. B. *fr.* 11. *pr. de reb. cred.* (12, 1). — 5) Vergl. Bechmann *l. c.* S. 265.
6) *Paul. fr.* 172. *de R. J.* — 7) *Cic. l. c.*
8) s. Dernburg Gesch. u. Theorie der Compensation, (2. Aufl.) S. 66, 67.

Von Einfluß auf diese Wendung mag namentlich Labeo gewesen seyn, denn Paulus beruft sich für den Satz, *obscuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui id dixerit,* auf Labeo[1]; auch sonst legte Labeo das Gewicht auf den Verkäufer[2]. Vielleicht hat diese Entwickelung mit der Ausbildung der Innominatcontracte zusammengehangen[3]. Noch weiter ging das Aedilicische Edikt. Nun liegt die Wandlung offen vor: der wachsende Marktverkehr, das öffentliche Feilbieten, der gewerbmäßige Verkauf drückt dem Kaufgeschäft die Signatur einer neuen Zeit auf.

## II

## Die Haftung für Fehler der Waare und das *aedilicium Edictum.*

Zu § 685] Waare kann besonders gute Eigenschaften haben, die dem Käufer wünschenswerth sind, oder aber mit besonderen Mängeln behaftet seyn, vor denen der Käufer sich wahren möchte. Durch Uebereinkunft kann er sich der ersteren versichern, gegen die letzteren wahren. Schon nach den XII Tafeln haftete solchenfalls der Verkäufer *ex nuncupatione* und *sub poena infitiationis*[4]. Später ward über besondere Beschaffenheit der Waare oft stipulirt (*duplae stipulatio*)[5], oder der Verkäufer gab contractlich darüber wenigstens eine einfache Zusicherung (*dictum et promissum*)[6], welche, dem Kauf *in continenti* beigefügt, schon zufolge der Grundsätze des neuern Civilrechts[7] band, und nach dem ädilicischen Edikt selbst dann, wenn sie vor oder nach dem Kaufabschluß geschah, bindend seyn sollte[8]. *Si quis affirmaverit, aliquid adesse servo, nec adsit, vel abesse, et adsit, utputa si dixerit: furem non esse, et fur sit; si dixerit: artificem esse et non sit; hi enim, quia, quod asseveraverunt, non praestant, adversus dictum promissumve facere videntur*[9]. *Sciendum tamen est, quaedam, etsi dixerit, praestare eum non debere, scilicet ea, quae ad nudam laudem servi pertinent, veluti si dixerit: frugi, probum, dicto audientem. Ut enim Pedius scribit, multum interest, commendandi servi causa quid dixerit, an vero praestaturum se promiserit, quod dixit*[10] (s. g. *laudatio mercis et jactatio,* Empfehlung und Anpreisung).

Abgesehen von irgendwelcher Vereinbarung haftete nach älterem Civilrecht der Verkäufer nur *ex dolo,* d. h. aus betrügerischer Vorspiegelung guter, oder betrügerischer Verbergung fehlerhafter Beschaffenheit[11]; doch war schon vor Cicero in der Praxis angenommen, daß jedes Verschweigen von Fehlern bei Grundstückskäufen dem *dolus* gleich stehe: *Ac de jure quidem praediorum sanctum est apud nos jure civili, ut in his vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam quum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret: a jureconsultis etiam reticentiae poena est constituta. Quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere*[12]. Seit Ofilius, wie es

1) *fr.* 21. *de contr. e.* (18, 1); *fr.* 39. *de pact.* (2, 14); *fr.* 99. *pr. de V. O.* (45, 1); *fr.* 38. § 18. *eod.*
2) so in *fr.* 34. *pr. eod.* bei der Interpretation der *lex venditionis*, in *fr.* 77. *eod.* bei der *exceptio lapidicinae* (vergl. dazu *fr.* 79. *eod.*).
3) *fr.* 50. *eod.* — 4) *Cic. de offic.* 3, 16.
5) z. B. *fr.* 4. § 5. *de doli exc.* (44, 4); *fr.* 174. *de V. S.*
6) *fr.* 19. § 2. *de aedil. Ed.* (21, 1). — 7) s. Cursus § 646.
8) *fr.* 19. § 6; *fr.* 20. *eod.* — 9) *Ulp. fr.* 17. § 20. *eod.* — 10) *Ulp. fr.* 19. *pr.* § 3. *eod.*
11) *fr.* 37. *de dolo malo* (4, 3). — 12) *Cic. de off.* 3, 16; dazu *de orat.* 1, 39.

scheint, wurde dieser Satz (zunächst vielleicht auf Sklaven[1], dann weiter auf alle Sachen) ausgedehnt[2]. Noch weiter aber ging das Aedilicische Edikt, indem es nicht bloß den Verkäufer auf Verlangen des Käufers zur *duplae stipulatio* (*repromissio aedilicia*)[3] nöthigte, sondern auch ohne solche und abgesehen von jedem *dolus* eine Haftverbindlichkeit einführte[4].

Das *aedilicium edictum* war durch die Marktpolizei der curulischen Aedilen veranlaßt worden und zeigt uns die Entwickelung des gewerbsmäßigen Handelskaufs. Es bestand aus 2 Hauptabschnitten, deren erster den Handel (*Edictum de venditionibus rerum*)[5], der zweite das (Feil-) Halten gefährlicher Thiere an Stellen öffentlicher Passage[6] betraf. Der letztere (nicht hierhergehörige) Abschnitt scheint erst der Kaiserzeit anzugehören, durch die damals weitverbreitete Neigung zu wilden Thieren veranlaßt; der erstere aber lag schon in der letzten Zeit der Republik ausgebildet vor[7], zerfiel in zwei Unterabschnitte vom Sklaven-[8] und vom Viehhandel[9] und wurde namentlich durch Labeo und Caelius Sabinus theoretisch entwickelt.

Dieses Handelsedikt findet bei der *emtio speciei* Statt, denn wo generisch bestimmte Sachen geliefert werden, muß der Verkäufer überhaupt für tadellose Qualität einstehen; hier hat auch der Käufer in der nachfolgenden Prüfung und Approbation ein Sicherungsmittel. Allein wo nach dem Augenschein auf offnem Markte feil gehaltene Waare gekauft wird, können verborgene Mängel, die dem Verkäufer bekannt sind oder doch bekannt seyn können und sollen, unbemerkt und unentdeckt bleiben, und die eigene Auswahl seiten des Käufers scheint dessen Billigung der Species zu enthalten. Gewerbmäßige Verkäufer verstehen sich auf ihren Vortheil sehr gut; vor Allem aber galt es, das Publikum gegen die Sklavenhändler (*venaliciarii*) zu sichern, *nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est*[10]. Diese sollten daher für alle nicht offenbaren Mängel ihrer feilgehaltenen *mancipia* einstehen und Schadenersatz leisten, sogar wenn ihnen selbst der Mangel unbekannt gewesen, um ihnen so jede Ausflucht abzuschneiden[11]: *Ajunt Aediles: Qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbi vitiive cuique sit — Causa hujus Edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emtoribus succurratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint; dummodo sciamus, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae Aediles praestari jubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor; neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris, an calliditate*[12]. Ausgedehnt wurde dann diese Bestimmung auf *jumenta*[13], später auf *pecora* aller Art[14]; auf Hunde und wilde Thiere, Grundstücke, sowie andere körperliche Sachen scheint sie erst durch die Praxis[15] übertragen worden zu seyn.

Wegen erweislicher Mängel machte der Käufer sein Interesse entweder mit der *actio ex stipulatu* oder mit der einfachen *actio ex emto* geltend, welche ihm nicht bloß *propter dolum* und *reticentiam*, sondern selbst außer-

---

1) *fr.* 38. § 7. *de aed. Ed.* (21, 1). — 2) *Gai. fr.* 15. *i. f. de peric. rei v.* (18, 6).
3) *fr.* 28. 32. 62. *de aed. Ed* (21, 2). — 4) Vergl. Bechmann *l. c.* S. 395 ff. 413.
5) *fr.* 1. *pr. de aed. Ed.* (21, 1). — 6) *fr.* 40—42. *eod.*
7) *Cic. de off.* 3, 17; *Cato* in *fr.* 10. § 1. *eod.*? *Ofilius* in *fr.* 8. 10. *pr.*; *fr.* 38. *eod.*; *Trebatius* in *fr.* 6. § 1; *fr.* 12. § 4; *fr.* 14. § 3. *eod.*
8) *fr.* 1. § 1. *eod.*; *Gell.* 4, 2. — 9) *fr.* 38. *pr.* § 5. *eod.* — 10) *Paul. fr.* 44. § 1. *eod.*
11) Bechmann d. Kauf I. S. 401 ff.
12) *Ulp. fr.* 1. § 1. 3. *eod.*; Umhängung einer Tafel, *pronunciatio vitiorum in titulo*: *Gell.* 4, 2.
13) *fr.* 38. *pr.* § 1—3. *eod.* Dazu Bechmann *l. c.* S. 410. — 14) *fr.* 38. § 4—6. *eod.*
15) *Labeo fr.* 1. *pr. eod.*; *Ulp. fr.* 49. 63. *eod.*

dem auf Grund der Vorschriften des Edikts zufolge der Praxis offenstand[1]; oder aber er bediente sich der besonderen Klagen aus dem Edikt, unter denen er, ohne Unterscheidung von Haupt- und Nebenmängeln[2], die Wahl hatte[3]. Nur in gewissen Fällen wird ausschließlich die *redhibitoria actio* zugelassen[4]. Ist der Verkäufer vorerst bloß wegen Eines Fehlers in Anspruch genommen worden, so kann noch weiter wegen anderer Fehler geklagt werden, mit der einzigen Beschränkung, daß der Käufer dabei keinen Profit machen, und jedenfalls nicht mehr als das Doppelte des Werthes der Sache erlangen darf[5].

## III.

## Nebenverträge beim Kauf.

Zu § 684] Im Cursus (§ 646) sind beiläufig mehrere beim Kauf vorkommende Nebenverträge genannt; der Kauf ist ein Vertrag, welcher überhaupt durch Nebenverträge gar vielfach modificirt werden kann. Von den Römern wurden sie entweder im Wege besonderer Stipulation eingegangen, z. B. die *stipulatio evictionis* und *propter vitia* (*stipul. simplae* und *duplae*)[6], oder *in continenti* dem Hauptvertrag beigefügt, z. B. die s. g. *dicta et promissa* über besondre Eigenschaften der Waare. Einzelne Nebenverträge dieser Art sind folgende.

1) Viele verschiedenartige Vorbehalte zu Gunsten des Verkäufers (*receptio, exceptio in vendendo*) werden in den Quellen bei Gelegenheit von Grundstücksverkäufen angeführt: z. B. die *exceptio s. receptio habitationis*[7], die *exceptio rutorum caesorum*[8], die *exceptio lapidicinae*[9], die *receptio servitutis*[10] und zwar sowohl *generalis* als *specialis*[11], die *exceptio sepulcri*[12].

2) Die Gewährung eines Handgelds (*arrhae datio*)[13] ist gleichfalls als ein (vornehmlich beim Kauf vorkommender) Nebenvertrag aufzufassen. Es scheint nicht, daß diese Sitte den Römern sehr geläufig gewesen sei, denn nur von Gaius[14], dem Provinzialjuristen, wird bemerkt, daß das Handgeld häufig sei, und außerdem wird ihrer in den Quellen selten gedacht[15]. Die den Römern geläufige Form der *stipulatio* machte in den meisten Fällen das Handgeld überflüssig.

3) Die *in diem addictio* ist eine bei den Römern sehr beliebte Modalität des Kaufgeschäfts gewesen; schon Mucius Scaevola und Brutus beschäftigten sich mit ihr[16]; vorzugsweise aber scheint die Theorie derselben von Sabinus und Julianus ausgebildet worden zu seyn. Vom Verkäufer hieß es:

---

1) *fr.* 13. *pr* — § 2. *de a. e.* (19, 1).
2) s. v. Feuerbach Civilist. Versuche Thl. I. (1803) No. 2.
3) *fr.* 18. *pr.*; *fr.* 38. *pr*; *fr.* 43. § 6; *fr.* 48. § 1. 2 *de aed. Ed.* (21, 1); *fr.* 25. § 1. *de exc. rei jud.* (44, 2). — 4) s. Schilling Inst III. § 298. S. 415.
5) *fr.* 31. § 16; *fr.* 48. § 7. *de aed. Ed* (21, 1). — 6) s. Cursus § 684. 685.
7) *fr.* 13. § 30; *fr.* 21. § 6. und *fr.* 53. § 2. *de act. emti* (19, 1). — 8) *fr.* 17. § 6. *eod.*
9) *fr.* 77. *de contr. emt.* (18, 1). — 10) *fr.* 10. *commun. praedior.* (8, 4).
11) *fr.* 39. *de act emti* (19, 1). — 12) *fr.* 10. *de relig* (11, 7).
13) s. Cursus § 654. 724. Vergl. auch F. Hofmann üb. d. Verlobungs- und Trauring (Sitz.-Ber. d. Wien. Akad. d. Wiss. 1870. Juli. S. 838—840. 842. Dernburg Pfandrecht I. S. 49. Vangerow Pand. III. § 678. A. 2. H. Westphal *de arrha Romana Diss.* (*Berl.* 1872). Bechmann d. Kauf I. S. 521 ff. Aeltere (semitische) Form: *arrabo*, „Begleiter der meisten plautinischen Kaufgeschäfte — im späteren Recht ist das Institut eigentlich verkümmert".
14) *fr.* 35. *de contr. emt.* (18, 1).
15) *Julian*: *fr.* 11. § 6. *de act. emti* (19, 1); *Scaevola*: *fr.* 6. *pr.* und *fr.* 8. *de lege commiss.* (18, 3); *Ulpian*: *fr.* 5. § 15. *de inst. act.* (14, 3). Vergl. auch *pr. J. de emt.* (3, 23).
16) *fr* 13. *pr. de in diem add.* (18, 2).

*fundum alicui ad diem addicit, postea* (*pretio adjecto* oder *meliore conditione allata*) *alii addicit*[1]. *In diem addictio ita fit: Ille fundus centum esto tibi emtus, nisi si quis intra Kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat*[2]. *Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emtio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis sit magis emtio, quaestionis est*[3]. *Et mihi videtur verius, interesse, quid actum sit. Nam siquidem hoc actum est, ut meliore allata conditione discedatur, erit pura emtio, quae sub conditione resolvitur; sin autem hoc actum est, ut perficiatur emtio, nisi melior conditio afferatur, erit emtio conditionalis. Ubi igitur, secundum quod distinximus, pura venditio est, Julianus scribit, hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari, et periculum ad eum pertinere, si res interierit*[4]. *Si venditor simulaverit meliorem allatam conditionem, cum minoris vel etiam tantidem alii venderet, utrique emtori in solidum erit obligatus*[5]. Uebrigens bildete diese *addictio* nicht einen besonderen Vertragsinhalt, sondern nur eine Limitation (Bedingung) des Kaufs. Gleiches gilt vom Folgenden.

4) Die *lex commissoria* scheint auch kein seltener Nebenvertrag beim Kauf gewesen zu seyn, wenigstens in der Kaiserzeit. Sie bedeutete, daß, wenn der Käufer mit der Preisleistung den bestimmten Termin nicht einhalte, der Verkäufer nicht mehr gebunden sei: *si ad diem pecunia soluta non sit, fundus inemtus sit* (*emtio resolvatur*)[6]; d. h. der Verkauf ist unter Resolutivbedingung geschlossen, deren Geltendmachung in des Verkäufers Belieben gestellt ist: *legem commissoriam, si volet, venditor exercebit, non etiam invitus*[7]. *Eleganter Papinianus scribit, statim, atque lex commissa est, statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere, an potius pretium petere; nec posse, si commissoriam elegit, postea variare*[8]. Der säumige Käufer verliert dabei unter Umständen auch die gwährte *arrha*[9].

Mancherlei Nebenverträge kamen auch im Sklavenhandel vor[10]; von einer *exceptio servi* oder *aedium* ist bei *hereditatis venditio*[11] die Rede.

## IV.

## *Venditio* und *locatio*.

### (Gemischte Fälle.)

Zu § 680 u. 686] Wie leicht löst sich nicht im Gebrauch und Genuß der Sache die Sache selbst auf, und wie leicht erscheint nicht der Nutzen einer geleisteten Mühwaltung wie eine direkt dem Genießenden gewährte Sache, entweder reell, oder doch in der Vorstellung! Daraus ist es erklärlich, daß in der Volkssprache *venditio* und *locatio* in einander übergingen. Festus *v. venditiones* erzählt, die öffentlichen Verpachtungen durch die Censoren seien ehedem *venditiones* genannt worden, „*quod velut fructus publicorum locorum venibant*“; *Hygen. de limit. const. lib. II.* sagt von den Zollpächtern: „*mancipibus ementibus, i. e. conducentibus*“.

---

1) s. *fr.* 13. *cit.* — 2) *Paul. fr.* 1. *eod.* — 3) s. Cursus § 463. sub. 1.
4) *Ulp. fr.* 2. *eod.* — 5) *Paul. fr.* 14. *pr. eod.*
6) *fr.* 1. 2. *de lege commiss.* (18, 3). — 7) *Ulp. fr.* 3. *eod.*
8) *fr.* 4. § 2. *eod.* — 9) *Scaev. fr.* 6. *pr.*; *fr.* 8. *eod.*
10) Vergl. *tit. Dig. de servis exportandis, vel si ita mancipium venierit, ut manumittatur vel contra* (18, 7).
11) In *fr.* 2. § 12. 14. *de her. vend.* (18, 4).

In manchen Fällen konnten auch Juristen zweifelhaft seyn, ob Kauf oder Miethe vorliege[1]. *Adeo familiaritatem aliquam inter se habere videntur emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emtio et venditio contrahatur, an locatio et conductio... Quaeritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acceperit, verbi gratia aureos decem, utrum emtio et venditio contrahi videatur, an locatio et conductio? Cassius ait, materiae quidem emtionem et venditionem contrahi, operae autem locationem et conductionem. Sed placuit, tantum emtionem et venditionem contrahi. Quodsi suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit*[2]. Diese Stelle ist aus des Gaius *Res quotidianae*, bez. Institutionen entnommen[3]. — Die Folgen, welche sich daran betreffs der Klagen knüpfen, werden von *Theophil. ad Inst. III, 24. § 4* berührt.

Auch gibt es Fälle, in denen von Anfang herein ungewiß ist, ob das Geschäft die Natur einer *venditio* oder *locatio* haben werde; dann ist das Geschäft als eine alternativ bedingte *venditio* oder *locatio* anzusehen, z. B. *Si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii viginti mihi darentur, in eos vero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur, utrum emtio et venditio, an locatio et conductio contrahatur? Et magis placuit, eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, et eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emtionem et venditionem esse. Idque ex accidentibus apparet, tanquam sub conditione facta cujusque venditione an locatione: jam enim non dubitatur, quin sub conditione res veniri aut locari possint*[4].

## LXXIX. Kapitel.

### Pacta praetoria und contractus innominati.

(Zu § 702–713.)

Der Prätor hat im Gebiet der Contractsobligationen weniger bedeutsam eingegriffen, als in anderen Gebieten. Ganz neue und materiell selbständige Obligationsgründe schuf er überhaupt nicht, das neuere Civilrecht befriedigte durch Anerkennung zuerst der Consensual-, dann der Innominatcontracte die wichtigsten Bedürfnisse des Verkehrs. Aber für die Bewegung der Obligationen im Verkehr war der Prätor thätig durch Ausbildung der Cession und der (nothwendigen und freien) Stellvertretung. Sodann half er beim Depositum und Commodat mit einer *in factum actio*, die er der civilrechtlichen (*in jus concepta*) zur Seite stellte, nach[5], wahrscheinlich um auch den *filiifamilias* die Möglichkeit der Klaganstellung zu verschaffen[6]. Endlich gewährte er durch Anerkennung des ***constitutum*** die Möglichkeit einer bequemen Umgestaltung und Sicherung bestehender Obligationen, ohne doch so weit zu gehen, daß er dem *nudum pactum* an sich obligatorische Kraft gegeben hätte: das *constitutum* ist ein relatives *pactum*. Ebenso ist das ***receptum***

---

1) Vergl. Schilling Bemerkgn üb. röm. Rechtsgesch. (1829) S. 7 ff. und Lehrb. f. Inst. III. § 302. S. 451 (Zus. 4). Bechmann d. Kauf I. S. 420 ff. 430.

2) § 3. 4. *J. de locat. et cond.* (3, 24).

3) *fr. 2. locati cond.* (19, 2); *Gai.* 3, 147. Vergl. auch *Pomp.* und *Javol.* in *fr.* 20. 65. *de contr. emt.* (18, 1).

4) *Gai.* 3, 146. — 5) *Gai.* 4, 47. 60.

6) *fr.* 9. 13. *de O. et A.* (44, 7). Vergl. Hugo Röm. Rechtsgesch. S. 648. Anm. 9. und Schilling Lehrb. f. Institut. III. § 271. Anm. *n.* (S. 254) und § 273. Anm. *p.* (S. 264).

*nautarum* nur die Steigerung eines Rechtsgeschäfts, welches an sich als *depositum* oder *locatio conductio* oder *mandatum* schon gelten würde[1]. Auch das *receptum arbitrii* enthält keinen neuen Rechtsstoff, sondern gewährt nur für einen eigentlich schon durch den Mandatsbegriff gedeckten Fall einen besonderen Rechtsschutz. Eine einfache Mandatsklage schien hier unzureichend, der Prätor führte daher ein unmittelbares Zwangsverfahren ein, ähnlich der späteren *persecutio*, wobei er mancherlei Bedingungen aufstellte; so gestaltete sich diese Unterart des Mandats zu einem prätorischen Institut, welches sich nun freilich unter den einfachen Begriff klagbarer Obligationen schwer fügen will[2].

Während der Prätor die Obligationen auf solche Weise stützte, schritt die einflußreicher werdende Jurisprudenz dazu fort, ergänzend einzugreifen, indem sie das System der Innominatcontracte schuf: eine Arbeit des Schaffens, die von Labeo bis Aristo andauert[3]. Außerdem aber erwieß sich die Jurisprudenz seit Labeo auch thätig zur Fortbildung jener prätorischen Rechtsinstitute. Labeo erweiterte das Constitut durch Anerkennung des *const. debiti alieni* (Intercession), sowie des Constituts einer noch nicht fälligen Schuld: was vielleicht für das Argentarienwesen wichtig war. Auch in Betreff des *receptum arbitrii* scheint das römische Recht dem Labeo Manches zu verdanken, was durch den offenen Blick dieses Juristen für das im großen Styl entfaltete Verkehrswesen seiner Zeit wohl erklärlich ist. Er, welcher allenthalben dieser Verkehrsströmung breiteres Bett zu machen oder die Bahn zu sichern beflissen war, mußte es sich auch angelegen seyn lassen, die Sitte des Schiedsrichtens juristisch auszubauen. Zu allen Zeiten hat der freie kaufmännische Sinn eine Neigung, sich von den beengenden Formen und Fristen des Gerichtsgangs zu emancipiren und die rasche Entscheidung in die Hand unparteiischer Berufsgenossen zu legen. Diese Umgehung des Gerichts mochte aber in den stürmischen Zeiten des 2. und 1. Jahrhunderts v. Chr., wo die Magistratsgewalten so oft ins Schwanken geriethen, besonders beliebt werden, und die Sitte, sich an einen Schiedsmann zu wenden, mochte sich um so fester setzen, als lange Zeit hindurch, bevor der Uebergang vom Verfahren *per legitima verba* zu dem *per concepta verba* völlig entschieden war, die Stellung sowohl des Magistrats, als auch des Spruchrichters zu der Streitsache und zu den Parteien problematisch war. Ueberhaupt mochte bei der Oeffentlichkeit des Gerichtsverfahrens und dem oft nahe liegenden Wunsche der Geschäftsleute, ihre Geschäftsgeheimnisse (*intima et secreta negotii*) vor der Oeffentlichkeit zu bewahren, das Bedürfniß solcher Privatschiedsmänner besonders dringend seyn.

Die Zeit der Republik begnügte sich mit vier Consensualcontracten (neben den Systemen der Formal- und Realcontrate). Der Grund solcher Auszeichnung einiger Vertragsarten mag ein doppelter gewesen seyn. 1) Es waren solche Verträge, die besonders häufig im gemeinen Verkehr vorkommend ein so festes und Allen geläufiges Gepräge trugen, daß Wille und Verständniß der Parteien bei ihnen so wenig, wie bei der Stipulation, problematisch seyn konnte; 2) es waren solche Verträge, welche häufig nicht zur sofortigen Erfüllung gelangten, sondern Quelle wirksamer, erst künftig zu

1) Vergl. Schilling a. a. O. § 335. Anm. *e*. S. 659. 660.
2) Vergl. Schilling a. a. O. § 335. Anm. *i*. (S. 660) u. § 341. Anm. *e*. (S. 698).
3) Vergl. Gans Ueb. röm. Oblig.-R. S. 180—186 u. Danz Lehrb. d. Gesch. des R. R. II. (*ed.* 2.) § 152. a. E. — 4) *fr.* 3. § 1. *de recept.* (4, 8).

erfüllender Obligationen wurden. Tausche pflegen sofort Zug um Zug erfüllt zu werden, Käufe aber formen sich im ausgebildeten Rechtsverkehr gern zu Liefergeschäften und Creditkäufen.

Beide Umstände nun trafen, außer den vier Fällen der Consensualcontracte, selten zusammen, und darum brachte es der römische Rechtssinn hier verhältnißmäßig spät, und überhaupt nie völlig, zu dem Gedanken frei und formlos entstehender, wechselseitig verpflichtender Obligationen. Es scheint, daß der Versuch, das Gebiet des Rechtsschutzes an dieser Stelle des Systems zu erweitern, von zwei verschiedenen Standpunkten ausging. 1) Der eine war der der Sabinianer: man versuchte, andere Fälle unter die Kategorie eines der anerkannten Consensualcontracte zu bringen; diesen Versuch machte Sabinus mit dem Tausch, den er als Kauf angesehen wissen wollte[1]. Allein die Sabinianer (auch Cassius nicht) drangen nicht durch; glücklicher war Labeo, welcher den Anstoß zur Bildung einer neuen selbständigen Classe von Contracten gab[2]. 2) Die Idee der Proculianer war, alle auf gegenseitige Leistung abzweckenden Verträge für den Theil verbindlich zu machen, welcher die Leistung des andern Theils angenommen hat, m. a. W. die auf Grund eines Vertragsschlusses erfolgende Vorleistung schaffe einen Rechtsgrund für die entsprechende Gegenleistung.

Bemerkenswerth ist außerdem in dieser Entwickelung, daß der Tausch, welcher doch ein Bruder des Kaufs oder richtiger der Vater desselben genannt werden könnte, den Schutz des Civilrechts erst so spät empfing. Dieser Umstand beweist auf's Klarste, daß das System der Consensualcontracte verhältnißmäßig jungen Datums ist: denn, wäre sein Ursprung alt, so würde gewiß der Tausch zu ihnen gehören. Nur wenn jenes System verhältnißmäßig spät entstand, nämlich in der Zeit der Geldwirthschaft, wo der Tausch bereits in den Hintergrund getreten war, ist jener Umstand recht erklärlich. In der Zeit der Geldwirthschaft waren es die Geschäfte mit Geldvergütung (außer Societät und Mandat), welche die Hauptrolle im Verkehr spielten: für diese mußte jene Theorie sich bilden, und daß sie zunächst allein für diese sich bildete, entspricht ganz der sparsamen Oekonomie des römischen Rechtssinns.

---

Neben dem *constitutum* wird auch des *receptum argentarii* gedacht, das immer zu den räthselhaften Erscheinungen der römischen Rechtsgeschichte gerechnet wurde, und noch neuerdings manche eigenthümliche Deutung erfahren hat[3]. In *fr. 6. § 3 de edendo (2, 13)* erwähnt Labeo bei seiner Beschreibung des Inhalts eines *codex rationum*, dessen Vorlegung zu den öffentlichen Pflichten eines *argentarius* gehörte, auch das, *quod solvi constituit argentarius*. Diese Erwähnung des *constitutum* im Argentariengeschäft muß ebenso auffallen, wie die Nichterwähnung des *receptum argentarii* an dieser Stelle; es liegt daher nahe, an eine Interpolation zu denken, da Justinian das *receptum argentarii* aufhob und zwar im *constitutum debiti* untergehen ließ[4]. Vielleicht ist das *debitum in se recipere* in *fr. 4. § 2. de manum. (40, 1)*[5] von

---

1) *fr.* 1. § 1. *de contr. emt* (18, 1). — 2) *fr.* 1. 19. 20. *de praescr. verb.* (19, 5).
3) s. z. B. Girtaner d. Stipulation. (1859) S. 171.
4) s. Glück Comment. Thl. XIII. S. 366.
5) Vergl. auch Ulpian in *fr.* 5. § 3. *commod.* (13, 6): *aestimationem se praestaturum recepit.* Andere Anwendungen desselben Wortes s. in *fr.* 49. *pr.* und *fr.* 53. *de act. emti* (19, 1); *fr.* 34. *pr. mand.* (17, 1); *fr.* 46. *de her. inst.* (28, 5); *fr* 40. § 1. *de jure fisci* (49, 14). Dazu Voigt die *condictiones ob causam* (1862) S. 381—3. Pernice Labeo I. S. 408.

einem *servus argentariam exercens* gesagt[1]. Bei Cicero treffen wir das Wort (*in se*) *recipere* im Sinne von: auf sich nehmen, gewöhnlich mit *promittere* oder *spondere* verbunden an[2], was auf solenne Form schließen läßt; offenbar versteht auch Cicero[3] das *receptum* als eine Steigerung der *pollicitatio*, und Justinian[4] bestätigt ausdrücklich, daß es *solennibus verbis compositum* gewesen sei.

Es ist zweifelhaft, ob die Klage aus diesem Recept (*actio recepticia*) eine alte civile oder prätorische war: Bruns[5] vermuthet mit Recht das Erstere wegen der Perpetuität der Klage, sowie wegen des Formalkarakters und der Solennität des Vertragsschlusses. Man streitet übrigens darüber, ob diese Solennität eine mündliche[6] oder schriftliche[7] gewesen; Schilling[8] und Bruns[9] erklären die Frage für unentscheidbar. Mir ist es wahrscheinlich, daß die Solennität in einem einseitigen Formulirungsakte des *argentarius* bestand, welcher in Gegenwart des Gläubigers mündlich geschah, in dessen Abwesenheit aber schriftlich (d. h. durch Eintragung der solennen Worte in den Codex) geschehen konnte, so daß sie ersternfalls der *dotis dictio*, andernfalls der *expensilatio* glich, denn Consens des andern Theils mußte stattfinden. Vielleicht haben wir in der von Scaevola besprochenen schriftlichen Erklärung: *Decem, quae L. Titius ex arca tua mutua acceperat, habes penes me!* eine Reminiscenz an die *verba recepti*[10]; den Verpflichtungsschluß könnten dann etwa die Worte gebildet haben: *spondeo in meque recipio, me soluturum ea esse.* Vielleicht auch haben wir in diesem Akte geradezu eine argentarische Anwendung der *transscriptio a persona in personam* vor uns, welche bekanntlich auf römische Bürger beschränkt blieb. Ob dieses *receptum* bloß eine Uebernahme fremder Verpflichtungen (analog dem *constitutum debiti alieni*) war, oder auch als Bestärkung eigner Schulden oder gar als Begründung ganz neuer Schulden vorkam, bleibe dahingestellt: für wahrscheinlich halte ich diese weitere Anwendung keineswegs[11].

Nach Justinian's Andeutungen müssen sich die römischen Juristen und Kaiser viel mit der *actio recepticia* befaßt haben, so daß anzunehmen ist, sie habe lange Zeit eine wichtige Rolle im Verkehr gespielt. Dies entspricht auch der Bedeutung, welche das Argentariengewerbe überhaupt in der Kaiserzeit hatte, wie wir namentlich aus dem *Tit. D. de edendo* (*2, 13*) ersehen. Zu der strengeren Behandlung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs der *argentarii*[12] gehörte die Verpflichtung zur Vorlegung ihrer *codices rationum*, und eben dahin mag die von Justinian angedeutete ehemalige Bestimmung gehören, daß das *receptum* den *argentarius* ohne alle Rücksicht auf Art und Existenz eines materiellen Schuldgrundes band, eine Bestimmung, welche wichtig war namentlich beim Uebergange der *mensa argentaria* auf Geschäftsfolger[13].

Bruns[14] schließt seine Besprechung des *receptum argentarii* mit folgenden Worten: „Aus alledem ergibt sich, daß die Aehnlichkeit der *actio recepticia* mit der *constitutoria* keineswegs so groß war, wie man nach der Darstellung bei Theophilus (IV. 6. § 8) annehmen sollte. Offenbar ist die Aehnlichkeit erst in der späteren Zeit, und zwar namentlich auf dem Boden

1) *fr.* 4. § 3; *fr.* 9. § 1. 4. *de manum.* (40, 1). — 2) *Philipp.* 5, 18; *ad famil.* 13, 10. 17.
3) *ad Att.* 13, 1; *ad famil.* 6, 12. — 4) *c.* 2. *de const. pec.* (4, 18).
5) Zeitschr. f. Rechtsgesch. I. S. 86.
6) so v. d. Pfordten Abhandl. aus dem Pandektenrecht S. 258. 291.
7) so Mühlenbruch Lehrb. d. Institut. § 212. — 8) Lehrb. f. Instit. III. § 338. S. 679.
9) *l. c.* S. 86. — 10) *fr.* 26. *de pec. const* (13, 5); vergl. dazu Bruns a. a. O. S. 98.
11) Nicht übel haben Goldschmidt (Handbuch d. Handelsrechts 1864. S. 263) und Ihering (Geist d. R. R. III. S. 208) das Recept mit dem Accept einer Tratte verglichen.
12) s. Cursus § 671. — 13) *arg. fr.* 9. § 1. *de edendo* (2, 13). — 14) *l. c.* S. 86.

des *receptum* und *constitutum debiti alieni* eingetreten. Ob von Seiten des *receptum* eine Annäherung durch Nachlaß des Formalkarakters eintrat, wissen wir nicht; von Seiten des Constituts geschah sie höchst wahrscheinlich dadurch, daß beim Constitute fremder Schulden die Zahlungszeit allmählich zur Nebensache wurde . . . Damit war allerdings das *constitutum* der Sache nach zu einem bloßen *receptum* gemacht, und der materielle Gehalt beider Klagen ganz identificirt. Von diesem Standpunkte aus ist dann die Darstellung von Theophilus geschrieben".

## LXXX. Kapitel.

### Delictsobligationen.

(Zu § 714–721.)

### I.

### Das System der Delictsklagen.

A. Im ausgebildeten Recht der Römer treffen wir eine große Anzahl privatrechtlich ausgeprägter Delicte an[1], allein in der ältesten Zeit muß der privatrechtliche Delictsbegriff auf seine allgemeinsten und schlechthin wesentlichen Merkmale beschränkt gewesen seyn. Jedem privatrechtlichen Delict liegt *injuria* zu Grunde, auch das *furtum* gehört unter *injuria* im weitesten Sinne. Aber sobald die Rechtsanschauung den Vermögenskreis innerlich abzulösen beginnt von der unmittelbaren leiblichen Persönlichkeit, muß sich das *furtum* als ein selbständiger Delictsbegriff absondern von der *injuria*, unter welcher nun ausschließlich ein direkt gegen die Persönlichkeit als solche gerichteter Angriff verstanden ward. *Injuria* und *furtum* stehen seitdem neben einander, jedes als Anfangspunkt einer Entwickelungsreihe feinerer Kriterien, und da auf der Stufe naiven Volksthums nur die Absichtlichkeit die Reaction des öffentlichen Rechtsbewußtseyns herausfordert, so schränkt sich der Bereich jener beiden Delictsbegriffe von vornherein auf absichtliche Vergehung, doloses Verschulden ein. Dies scheint die Grundbedeutung des Wortes *fraus* gewesen zu seyn, wie sie in dem Satze der XII Tafeln: *si plus minusve secuerit, sine fraude esto!*[2] enthalten ist und noch in der Bemerkung Ulpian's[3], daß *fraus* und *poena* correspondente Begriffe seien, durchblickt.

Die natürliche *fraus* ist immer eine Gewinnsucht; Verletzungen, die nicht durch Gewinnsucht bedingt sind, werden verhältnißmäßig spät zu privatrechtlichen Kategorien werden. Der Injuriant sucht geistigen, der Dieb materiellen Gewinn. Jede Beleidigung eines Andern ist eine Selbstüberhebung auf Kosten desselben und wird im Augenblick der That als eine Genugthuung, als eine Eroberung empfunden: insofern bildet der *animus injuriandi* wirklich ein Seitenstück des *animus lucrandi*. Wer öffentlich einen Mitbürger beschimpft, ist wie ein Räuber an der Ehre des Beschimpften, er nimmt ihm etwas, was nur schwer wieder zu ersetzen ist, ja er kann ihm einen unvertilgbaren Makel ankängen: darum die schwere Strafe, welche in den XII Tafeln auf öffentliche Beschimpfung eines Bürgers gesetzt war (Geißelung).

1) Vergl. z. B. die Uebersicht bei Böcking Röm. Privatrecht. 2. Ausg. (1862) S. 312–4.
2) Vergl. oben (Excurse) S. 189.
3) *fr.* 23. § 2. *de aed. ed.* (21, 1) und *fr.* 131. *pr. de V. S.*

Neben den aus Gewinnsucht entspringenden Delicten tauchen dann auf die Oberfläche des Rechtsbewußtseyns auch Verschuldungen ohne diesen Karakter empor. Diese neue Kategorie von sonstigen dolosen und bez. culposen Handlungen ist zuerst wohl in der *lex Aquilia* grundsätzlich anerkannt. Auch das problematische 2. Kapitel dieses Gesetzes ist nur in solchem Zusammenhange zu verstehen. Wenn ein Adstipulator[1] die Forderung, d. h. den erhobenen Betrag derselben, unterschlug, so lag eine dem *furtum* gleichartige That vor, aber der Adstipulator, welcher treulos auf Kosten des *stipulator* den Schuldner liberirte (wobei kein *animus lucrandi* obwaltete), gehörte in das Gebiet der *lex Aquilia*.

Man hat vordem die wundersamsten Hypothesen über den Inhalt dieses 2. Kapitels der *lex Aquilia* aufgestellt, so lange der ächte Gaius nicht aufgefunden war, und man hat, nachdem er aufgefunden ist, nicht recht begreifen wollen, was die Treulosigkeit des *adstipulator* in solchem Zusammenhange juristisch zu bedeuten habe. Noch Rudorff[2] hat eine kaum anders als künstlich zu nennende Deutung aufgestellt. Auf dem richtigen Wege scheint mir nur Huschke[3] zu seyn. Das Gesetz wollte offenbar ein allgemeines Schädengesetz betreffs der nicht auf Gewinnsucht beruhenden Verletzungen seyn: es durfte sich daher nicht auf Sachen beschränken, sondern mußte die Forderungsrechte, ein seit der *lex Poetelia* gewissermaaßen neu entdecktes Gebiet, insoweit auch auf solchem ein *damnum injuriae* denkbar ist, mit berühren. Wie aber ist ein solches *damnum* hier denkbar? es ist denkbar im Fall einer Correalforderung, bei welcher der eine Gläubiger der Hauptstipulator, der andere nur *adstipulator* ist. Den Fall treuloser Acceptilation mit einer Strafsanction zu belegen, mußte um so näher liegen, da bei gewerbsmäßigen Adstipulatoren Collusion mit dem Schuldner leicht als eine vortheilhafte Speculation erscheinen konnte, ohne daß dem Adstipulator ein pecuniärer Gewinn direkt nachzuweisen war. Das Gesetz ist demnach so weit entfernt, eine s. g. *lex satura*, d. h. ein Allerlei-Gesetz, zu seyn, daß es vielmehr ein lückenhaftes Gesetz zu nennen wäre ohne jene Bestimmung des 2. Kapitels.

B. Wie der Delictsbegriff, so hat auch der Strafbegriff seine Geschichte. Nicht nur, daß anfangs der Blick auf die erzürnte Gottheit, welche eine Sühne heischt, dann aber der Blick auf den beleidigten, gekränkten, verletzten Menschen, dem Genugthuung werden muß, die vornehmste Rücksicht bildet, sondern auch in Betreff der Mittel der Strafverbüßung vollzieht sich eine interessante Wandlung. Zuerst herrscht immer der Gedanke, daß der Schuldige, *qui fraudem, noxam commisit*, sich selbst, sein Leben, seine Freiheit verwirkt habe. Dieser Gedanke ist der einfachste und darum nächstliegende; man hält sich an den Quell der verletzenden That, an die Person des Schuldigen, an diese Person im Ganzen und ohne Umstände; man hält sich an die leibliche Person, denn am Sinnlichen haftet der Rechtssinn in ältester Zeit. So haftet denn auch ganz natürlicher Weise das Verbrechen mit seinen Rechtsfolgen am Thäter, die rechtliche Reaction erfaßt den Schuldigen selbst, wie sie auch das Thier oder die leblose Sache, welche eine Vermögensbeschädigung Dritter verursacht haben, erfaßt und in Anspruch nimmt. Aber die rechtliche Reaction beschränkt sich auch zunächst hierauf. *Cum animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxae ea dedamus,*

1) s. Cursus § 660. — 2) Röm. Rechtsgesch. I. § 41.
3) Gaius. Eine Critik. S. 109 ff.

*multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non debent onerare*[1] — *Si jussu domini servus injuriam fecerit, et proponatur servus manumissus: placet Labeoni, dandam in eum actionem, quia et noxa caput sequitur*[2] — XII Tafeln: *si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto!* Wir sehen, wie in den Fällen, da eine leblose Sache, ein Thier, ein Sklave Verletzungen bewirkt hat, die rechtliche Reaction sich zunächst unmittelbar gegen diese Sache, dieses Thier, diesen Sklaven richtet. Die *actio noxalis* aber ist[3] eine verdeckte Delictsklage, und dem entsprechend trifft der alte Grundsatz: *noxa caput sequitur,* eigentlich auch die Delicte freier und selbständiger Menschen; der Thäter hat mit seinem Körper einzutreten, an seiner Person haftet sein Delict; *et delicta et noxae caput sequuntur.* Darum verfällt der ertappte Dieb dem Bestohlnen, muß der öffentliche Schmäher Geißelung erfahren, der *membri ruptor* Talion gewärtigen. Es ist eine Milderung und ein Schritt zum Künstlichen, wenn Ablösung, d. i. Sühnung durch Bußgeld, Strafe durch Geldleistung an den Verletzten vorgesehen und gewährleistet wird. Die Genugthuung muß sich hier mit einem Surrogat begnügen[4]. Jener Satz der XII Tafeln zeigt uns den Uebergang in dieses neue System von Rechtsanschauungen; ob schon fertig, oder nur in dem Sinne, daß es eine Mahnung an den Verletzten sei, sich freiwillig im Wege Vertrags zur Annahme eines Surrogats zu verstehen? das kann noch gefragt werden. Allmählich aber nehmen sämmtliche Privatdelicte diese Wendung, und die Ueberlassung des schuldigen Menschen oder Thiers bleibt nur noch in der besonderen Anwendung bei *noxae datio* bestehen, wo sie als eine negative Resolutivbedingung der Entschädigungspflicht erscheint. Die reinen Delictsklagen gehen nun schlechthin auf eine Geldsumme.

## II.

## *Actiones furti.*

Zu § 714] Die älteren Juristen Rom's zählten mehrere Arten des *furtum* auf, erst Labeo machte darauf aufmerksam, daß es bei einigen derselben sich nur um Unterschiede der Klage handle. Gaius gibt eine ziemlich ausführliche Darstellung, die aber nicht in allen Punkten ganz klar ist[5]. Schon unter den *Veteres* wurden feinere Rechtsfragen betreffs des *furtum* ventilirt[6], auch in den Anfängen der Kaiserzeit ward viel über den Begriff des *furtum* verhandelt, und namentlich scheint derselbe ein Gegenstand des Streits zwischen Labeo und Sabinus gewesen zu seyn. Labeo, welchem auch die Theorie der Injurien viel verdankt[7], strebte offenbar nach festerer Begrenzung des Begriffs des *furtum:* er war es wohl, welcher gegenüber dem Sabinus den Gedanken eines *furtum fundi* bekämpfte[8]. Sabinus vertrat den laxeren Begriff, womit seine Ableitung des Wortes *furtum* von *fraus*[9] zusammenhängen dürfte; er behandelte das *furtum* sowohl im 2. Buche seines *jus civile,* als auch in seinem *liber singularis de furto*[10].

---

1) *Ulp. fr.* 7. § 1. *de dam. inf.* (39, 2). Dazu s. Cursus § 738.
2) *fr.* 17. § 7. *de injur.* (47, 10). — 3) wie das in *fr.* 17. *cit.* direkt angedeutet liegt.
4) s. Cursus § 717. — 5) *Gai.* 3, 183—194.
6) *fr.* 21. *pr.*; *fr.* 66. § 2; *fr.* 76. § 1. *de furt.* (47, 2).
7) *furtum-injuria: cf.* z. B. *fr* 21. § 7. *eod.*
8) *fr.* 25. § 1. *eod.:* woraus vielleicht auch geschlossen werden mag, dass erst durch Celsus das *furtum possessionis* festgestellt wurde, gleichsam zur Ergänzung der Lücke, die durch Beschränkung des *furtum rei* auf Mobilien entstand.
9) *fr.* 1. *pr. eod.* — 10) s. *Gell. N. A.* 11, 18.

Von größter Wichtigkeit war aus ältester Zeit der Unterschied des *furtum manifestum* und *nec manifestum*. Es muß auffallen, daß nach dem äußern Moment des Ertapptwerdens die Strafe, d. h. die Strafbarkeit abgemessen wurde, allein es ist zu vermuthen, daß dieses Moment die Bedeutung eines Symptoms hatte und den Gedanken enthielt, ein Dieb, der sich der Gefahr des Ertapptwerdens aussetzt, sei besonders frech verfahren und darum besonders gefährlich[1] und strafwürdig; m. a. W. das *furtum manifestum* sei dem Raub verwandt und bez. mit ihm identisch. Vielleicht lebt in diesem Unterschied auch jener den alten Aegyptern und Lakedaemoniern geläufige Gedanke, daß ein gelungener Diebstahl, als Bewährung einer List (und vielleicht auch als Beweis gegentheiliger Unachtsamkeit), Straflosigkeit verdiene[2]. Sabinus definirt das *furtum manifestum* so: *quod deprehenditur, dum fit; faciendi finis est, cum perlatum est, quo ferri coeperat*[3]. Ulpian definirt in seinem Sabinuscommentar: *fur est manifestus, qui deprehenditur cum furto; et parvi refert, a quo deprehendatur, utrum ab eo, cujus res fuit, an ab alio. Sed utrum ita demum fur sit manifestus, si in faciendo deprehendatur, an vero et si alicubi fuerit deprehensus? Et magis est (ut et Julianus scripsit), et si non ibi deprehendatur, ubi furtum fecit, attamen esse furem manifestum, si cum re furtiva fuerit apprehensus, priusquam eo loci rem pertulerit, quo destinaverat. — Sive igitur in publico, sive in privato deprehendatur, antequam ad locum destinatum rem perferret, in ea causa est, ut fur manifestus sit, si cum re furtiva deprehendatur; et ita Cassius scripsit; sed si pertulit, quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur*[4]. Paulus definirt: *Manifestus fur est, qui in faciendo deprehensus est, et qui intra terminos ejus loci, unde quid sustulerat, deprehensus est, vel antequam ad eum locum, quo destinaverat, perveniret*[5].

Gaius erzählt außerdem von einem *furtum conceptum, oblatum, prohibitum*[6], bei welchem ein verschiedenes Strafmaaß in Frage kam[7]; die hierauf gehenden Klagen verschwinden in der nachclassischen Zeit, dem Justinianischen Recht sind sie fremd; nach demselben trifft jeden wissentlichen Hehler gestohlnen Gutes die einfache Strafe des *furtum nec manifestum*[8]. Von Justinian wird unter den veralteten Klagen auch eine *actio furti non exhibiti* aufgeführt, welche aus dem prätorischen Edikt entsprungen sei[9]. Theophilus[10] versteht darunter die Vorenthaltung einer entdeckten (gestohlnen) Sache; sollte aber *exhibere* ein Restituiren ausdrücken? *Exhibere* bedeutete in der Rechtssprache: *materiae ipsius apprehendendae copiam facere*, oder *videndi tangendique facultatem praebere*[11]; es liegt daher näher, anzunehmen, daß der Begriff des *furtum non exhibitum* eine Ergänzung des *furtum prohibitum*, welches gleichfalls aus dem Edikt abgeleitet ward, bildete: wagte der Suchende nicht, Haussuchung vor Zeugen zu verlangen, — war er seiner Sache minder gewiß, so forderte er den Verdächtigen auf, die fragliche Sache vorzuzeigen, um deren Identität festzustellen: Weigerung dessen war mit *poena furti* bestraft. Weitere Nachrichten über diese Klage fehlen in den Quellen. — Nur in einer Anwendung finden wir noch im Justi-

1) *furis manifesti intoleranda audacia: Gell.* 20, 1. — 2) s. *Gell.* 11, 18.
3) *Gell. l. c.* — 4) *fr.* 3. 5. *de furt.* (47, 2). — 5) *Sent. rec. II*, 31. § 2; *fr.* 4. *eod.*
6) *Gai.* 3, 186—188. 191—193. — 7) Vergl. oben (Excurse) S. 147.
8) § 4. *J. de oblig. quae ex del.* (4, 1). — 9) § 4 *J. cit.* — 10) *ad* § 4. *J. cit.*
11) *fr.* 3. § 8. *de tab. exhib.* (43, 5); *fr.* 3. § 8. *de hom. exh.* (43, 29). Vergl. dazu Demelius d. Exhibitionspflicht (1872) S. 229.

nianischen Recht eine unmittelbare Reminiscenz an jenes *furtum prohibitum:* in Anwendung auf *servi fugitivi*, mit deren Aufspürung Senatsconsulte und Gesetze sich beschäftigten. *Senatusconsultum aditum dedit militi vel pagano ad investigandum fugitivum in praedia Senatorum vel paganorum. Cui rei etiam lex Fabia*[1] *prospexerat, et Sctum Modesto Consule factum: ut fugitivos inquirere volentibus literae ad magistratus dentur: multa enim centum solidorum in magistratus statuta, si, literis acceptis, inquirentes non adjuvent. Sed et in eum, qui quaeri apud se prohibuit, eadem poena statuta. Est etiam generalis Epistola Divorum Marci et Commodi, qua declaratur, et Praesides et magistratus et milites stationarios dominum adiuvare debere in inquirendis fugitivis, et ut inventos redderent et ut hi, apud quos delitescant, puniantur, si crimine contingantur*[2]. *Divus Pius rescripsit, eum, qui fugitivum vult requirere in praediis alienis, posse adire Praesidem, literas ei daturum, et si ita res exegerit, apparitorem quoque, ut ei permittatur ingredi et inquirere, et poenam eundem Praesidem in eum constituere, qui inquiri non permiserit. Sed et D. Marcus oratione, quam in Senatu recitavit, facultatem dedit ingrediendi tam Caesaris quam Senatorum et paganorum praedia volentibus fugitivos inquirere, scrutarique cubilia atque vestigia occultantium*[3]. Auch bei der Aufspürung von Sklaven scheint es noch vorgekommen zu seyn, daß man Zeugen zuzog[4].

Uebrigens machte sich, während jene alterthümlichen Klagen veralteten, und im Wesentlichen nur die einfache *actio furti* und *condictio furtiva* bestehen blieben, immer mehr das eigentlich criminalistische Princip geltend, d. h. es wurde im Interesse der öffentlichen Sicherheit ein strafrechtliches Verfahren angeordnet. 1) Einzelne eigenthümlich geartete Fälle, z. B. das *crimen expilatae hereditatis, sepulcri violati, effracturae*[5], das *furtum balnearium* wurden unter amtliche Cognition gestellt und *extra ordinem* untersucht. 2) Auch die gewöhnlichen Diebstahlsfälle wurden immer häufiger im Wege öffentlicher Anklage (*accusatio*) verfolgt, obschon dem Bestohlnen die Wahl blieb, statt dessen zur *civilis actio* zu greifen[6].

## LXXXI. Kapitel.

### Legalobligationen.

(Zu § 722–789.)

#### I.

#### *Nemo cum alterius detrimento locupletior fieri debet.*

Zu § 722] Man hat früher den Satz von der Bereicherung auf fremde Kosten ohne Weiteres als ein Rechtsprincip hingenommen; dann hat man diesen Satz wegen seiner principlosen Allgemeinheit getadelt und die Quellenaussprüche einschränken zu müssen gemeint[7]. Beides ist unrichtig. Pomponius, von welchem jener Satz aufgestellt ist[8], hat ihn mit der entscheidenden

1) Unter Domitianus (um 90 p. Chr.)? s. *Plin. Ep.* 1, 5 (Mommsen Ausg. der Digesten *ad h. l.*)
2) *Ulp. fr.* 1. § 2. *de fugitivis* (11, 4). — 3) *Ulp. fr.* 3. *eod.*
4) *fr.* 58. § 2. *de aed. Ed.* (21, 1). — 5) *fr.* 3. *de off. praef. vig.* (1, 15).
6) *Ulp. fr.* 92. *de furt.* (47, 2). Vergl. Rein Röm. Criminalrecht S. 316 ff. Rudorff Röm. Rechtsgesch. II. § 106. 122.
7) s. Windscheid Pandektenrecht II. 2. § 421. Anm. 1.
8) *fr.* 14. *de cond. ind.* (12, 6); *fr.* 6. § 2. *de jure dot.* (23, 3) und *fr.* 206. *de R. J.*

Einschränkung: *cum detrimento et injuria,* aufgestellt; offenbar besagt dies nichts Anderes, als was sonst mit den Worten: *sine justa causa,* ausgedrückt ist.

Der bezeichnete Satz enthält ein Rechtsprincip, aber nicht ein dem *jus civile* oder *honorarium,* sondern dem *jus naturale* angehöriges. Das System der *condictiones sine causa* ist der erste Stoff des *jus naturale*, welcher zur Anerkennung gelangte. Als Satz des *jus naturale* steht er bei Paulus[1] und bei Pomponius[2]; Marcian[3] nennt das *jus gentium* nicht für die *condictio sine causa,* sondern für die *condictio furtiva* und *actio rerum amotarum.* Dagegen nennt Tryphonin[4] ausdrücklich das *jus naturale* für die *condictio indebiti,* und Papinian's Ausspruch[5] steht dem nicht entgegen.

Es ist bemerkenswerth, daß der Anfang des Systems der *condictiones sine causa* schon bei den *Veteres* liegt[6]; namentlich aber scheinen es Labeo[7] und Juventius Celsus[8], zuletzt Julian gewesen zu seyn, welche sich um die junge Lehre verdient machten. Ueber die s. g. *condictio Juventiana* s. *fr. 32. de reb. cred. (12, 1),* über die *condictio pecuniae quasi mutuae* s. *fr. 12. eod.* und über den Fall einer *condictio mutui* aus einem stellvertretenden Darlehn s. *fr. 9. § 8. eod.* Alle diese Fälle gehören derselben freieren Erwägung an, aus welcher auch das System der *condictiones sine causa* hervorging.

## II.

## Die *actio noxalis.*

Zu § 732] Wenn ein Hauskind oder Sklave einem Extraneus unrechtmäßiger Weise eine Verletzung zugefügt hat, kann der Verletzte den Gewalthaber in Anspruch nehmen, und dieser ist alternativ verpflichtet, Schadensersatz zu leisten oder den Thäter persönlich auszuliefern (ins Mancipium oder Eigenthum). Der Verletzte muß demgemäß *cum noxae deditione* klagen; klagte er schlechthin (*detracta noxae deditione*) auf Entschädigung in Geld, so müßte der Gewalthaber *pure* freigesprochen werden, denn es ist sein Recht, statt der Entschädigungssumme die Person des Thäters hinzugeben; zwar wird in der formellen *condemnatio* nur die Entschädigungssumme genannt, und die *actio judicati* geht nur auf diese, aber bis zur Anstellung derselben steht dem Gewalthaber die gesetzlich begründete *licentia noxae dedendi* zur Seite: *noxae deditio in solutione est.* So setzt Ulpian[9] das Verhältniß aus einander. Unzweifelhaft steht hier die Entschädigungspflicht in erster Linie, sie wird als eigentlicher Inhalt der Obligatio gedacht, und die Befreiung durch *noxae deditio* erscheint nur als ein durch Billigkeit begründeter Anhang. Einige[10] nehmen an, daß bei den Römern nie eine andere Auffassung bestanden habe, weil die *noxae deditio* als Mittel der Befreiung von der Entschädigungspflicht schon in den XII Tafeln anerkannt worden[11]. Andere[12]

1) *fr. 15. pr. de cond. ind.* (12, 6). — 2) *fr. 14 eod*; *fr. 206. de R. J.*
3) in *fr. 25. de act. rer. am.* (25, 2). — 4) in *fr. 64. de cond. ind.* (12, 6).
5) in *fr. 66. eod.* — 6) *fr. 8. de cond. causa data* (12, 4); *fr. 6 de cond. ob turp. c.* (12, 5).
7) *fr. 4. § 3 eod.* — 8) *fr. 4. § 2*; *fr. 6. eod.*; *fr. 6. 26. § 13. de cond. ind.* (12, 6).
9) *fr. 6. § 1. de re jud.* (42, 1); *fr. 20 § 5 de her pet.* (5, 3).
10) Karlowa die Legisactionen (1872) S. 120. Ad. Schmidt (v. Ilmenau) v. d. Delictsfähigkeit d. Sklaven (Progr. 1878) S. 23 ff. — 11) *fr. 6. § 1. cit*
12) Dirksen Civil. Abhdlgn I. S. 114; v. Wyss Haftung f. fremde Culpa S. 18 ff.; Bechmann krit. Viertelj.-Schr. X. S. 316; Mandry d. gem. Familiengüterrecht II. S. 618; Bekker die Actionen I. S. 186.

dagegen haben die Vermuthung aufgestellt, daß ursprünglich der Gewalthaber nur auf Auslieferung des Thäters in Anspruch genommen werden konnte, und erst später — in den XII Tafeln zuerst (?), vielleicht in Wahrheit noch später — das Wahlrecht, mit Geld abzufinden, eingeräumt wurde. In der That spricht Einiges für diese letztere Ansicht: 1) Der Umstand, daß die That als *maleficium* und geradezu mit *delinquere* bezeichnet wird[1], und daß nach römischer Auffassung das Delict immer den Thäter in Person haftbar macht[2]; auf ihm ruht die Schuld, an ihn hat der Verletzte ein Anrecht, nicht in allen Fällen ist diesem mit einer Geldsumme gedient. Wie, wenn das Hauskind ein *furtum manifestum* begangen hatte? Sonst hatte im Falle eines solchen der Bestohlne ein Recht auf *addictio furis;* sollte er, wenn der Thäter ein Hauskind war, mit einer Geldsumme befriedigt werden können?[3] Gegenüber dieser Unwahrscheinlichkeit liegt der Gedanke nahe, daß, wenn wirklich hier schon die XII Tafeln Geldentschädigung anerkannten, dies eine Neuerung war. 2) Der Noxalklage ist die *actio de pauperie* parallel, und betreffs dieser sagt Ulpian: *lex XII tabularum voluit, aut dari id, quod nocuit, quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerre*[4]. Nehmen wir diese Worte scharf, so haben die XII Tafeln in erster Linie die *noxae deditio* genannt. 3) Auch der Anspruch auf *cautio damni infecti nomine propter aedes vitiosas*, welcher von den Römern selbst als eine Analogie angesehen wird, führt auf den Gedanken hinaus, daß eigentlich das schadenbringende oder schadendrohende Individuum (Sklave, Thier, Grundstück) die Folge, d. h. die Reaction des Rechts zu tragen hat[5]. In Bezug auf das schuldige Individuum und das gefährliche Grundstück wird daher gleicherweise vom Gewalthaber und Eigenthümer gesagt: *carere debet eo, quem non defendit*[6]. 4) Daß die Geldentschädigung dann in den Vordergrund tritt, würde der späteren Entwickelung oder Wandelung der Rechtsanschauung überhaupt, sowie der Ausbildung des Systems der *pecuniaria condemnatio* ganz entsprechend seyn.

## III.

## Die *actio ad exhibendum.*

Zu § 734] A. Diese Klage dient theils präparatorischen, theils selbständigen Zwecken und fand bei den Römern namentlich in drei Fällen Anwendung: 1) *ad separandum,* wenn es galt, eine dingliche oder andere auf Sachherausgabe gerichtete Klage durch Selbständigmachung dieser noch mit einer Sache zusammenhängenden Sache vorzubereiten[7]; 2) *ad destinandum,* wenn es galt, die Identität einer Sache, auf welche man einen Anspruch zu haben meinte, festzustellen[8]; 3) *ad tollendum,* wenn es galt, auf ein fremdes Grundstück zugelassen zu werden, um Sachen, welche dorthin ohne des

---

1) *Gai. fr.* 1. *de nox. act.* (9, 4); *Ulp. fr.* 1. § 1. *si quadr.* (9, 1): *noxia est ipsum delictum.*

2) *Ulp. fr.* 1. § 18. *depositi* (16, 3): *Solemus dicere, doli etiam in servitute commissi teneri quem debere: quia et delicta et noxae caput sequuntur.*

3) Vergl. *Gai.* 3, 89: *Poena manifesti furti ex lege XII tab. capitalis erat; nam liber verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat; in servum aeque verberatum animadvertebatur. Sed postea improbata est asperitas poenae, et tam ex servi persona quam ex liberi quadrupli actio constituta est.*

4) *fr.* 1. *de quadr.* (9, 1).

5) *Ulp. fr.* 7. § 1. *de dam. inf.* (39, 2): *Cum animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxae eam dedamus: multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non debent onerare.* Vergl. dazu Zimmern d. Noxalklagen § 13; Huschke Gaius S. 209; Bekker die Actionen I. S. 195. Schlesinger Zeitschr. f. Rechtsg. VIII. S. 219.

6) *fr.* 33. 43. *de nox. act.* (9, 4); *fr.* 9. *pr. de dam. inf.* (39, 2).

7) *fr.* 3. § 6. *ad exhib.* (10, 4). — 8) *fr.* 3. §. 7. *eod.*

Grundbesitzers Zuthun, z. B. durch Explosion oder Ueberschwemmung oder andere *vis major,* versprengt oder angetrieben sind, abzuholen[1]. — In den ersten zwei Fällen wird heutzutage die *actio ad exhibendum* mit der Hauptklage (auf Ausantwortung der Sache) cumulirt und erscheint daher kaum noch als selbständiger Proceßkörper; im dritten Falle ist die *actio ad exhibendum* auch heute noch unentbehrlich.

Neben dieser Klage ward zur Aushülfe eine *actio in factum* gegeben, wenn die *charta* selbst, auf welcher geschrieben ist, nicht im Eigenthum des Klägers ist, und diesem daher nicht die *rei vindicatio* zusteht[2].

B. Für besondere Fälle sind noch besondere Klagen auf *exhibere* gegeben:

1) *Interdictum de homine libero exhibendo,* wenn der Freie gegen seinen Willen festgehalten wird; es greift nicht Platz, wenn der Festgehaltene Gewaltuntergebener, Freigelassener, Pflegekind oder *noxae deditus* des Haltenden ist; es steht jedem Bürger, selbst Frauen und Pupillen, wenn es sich um Angehörige handelt, zu[3].

2) *Interdictum de liberis exhibendis,* welches dem Gewalthaber gegen den das Kind wider seinen Willen Zurückhaltenden zusteht; seit Antoninus Pius hat unter Umständen die Mutter eine *exceptio* dagegen. Das Interdikt ist präparatorisch für das *interdictum de liberis ducendis,* mittels dessen die Mitnahme des Kindes erzwungen wird[4].

3) *Interdictum de uxore exhibenda et ducenda* nach Analogie des vorigen[5].

4) *Interdictum de tabulis exhibendis* geht auf Vorlegung von Testaments- und anderen den Nachlaß eines Verstorbenen betreffenden Urkunden, welche für den Kläger ein rechtliches Interesse[6] haben können. Beklagter ist, wer die fragliche Urkunde inne hat oder beiseitegeschafft hat, bez. der Herr des innehabenden Sklaven und nicht bloß der Depositar, sondern auch der Deponent. Der Anspruch geht eventuell auf das Interesse, das Interdict ist *perpetuum*[7].

5) *Interdictum de thesauro* (*tollendo*) auf Gestattung des Aufhebens und Wegholens vergrabener Werthsachen aus dem fremden Grundstück[8]; der klagende Eigenthümer dieser Werthsachen hat sich zum *jusjurandum calumniae* und zur *cautio damni infecti* zu erbieten[9]. —

Auch die *Interdicta de glande legenda* und *de arboribus caedendis*[10] können hier genannt werden.

---

1) *fr.* 5. § 3; *fr.* 9. § 1; *fr.* 15. *eod.* Vergl. auch *fr.* 4. § 2. *de reb. cr.* (12, 1); *fr.* 19. § 5. *locati* (19, 2); *fr.* 9. § 3. *de jure dot.* (23, 3).

2) *fr.* 3. § 14. *ad. exh.* (10, 4). — 3) *fr.* 3. *de hom. lib. exh.* (43, 29).

4) *fr.* 1. 3. *de lib. exh.* (43, 30). — 5) *fr.* 2. *eod.*; *c.* 11. *de nupt.* (5, 4).

6) welches nach Umständen durch *jusjurandum calumniae* zu bestärken ist.

7) *fr.* 1. 3. *de tab. exh.* (43, 5).

8) *condictio furtiva* und *actio ad exhibendum* greifen hier nicht Platz, weil der Grundstücksbesitzer nicht den Besitz des *thesaurus* hat: *fr.* 15. *ad exh.* (10, 4).

9) *fr.* 15. *cit.* — 10) Vergl. oben (Excurse) S. 479. Anm. 12. 14.

# VIERTES BUCH.

## Die Vermögensgewalt.

## Erster Abschnitt.

## Die Potestas.

### LXXXII. Kapitel.

(Zu § 740—749.)

#### I.

#### Die *patria potestas*.

Zu § 742. 743] A. Die Lehre von der *patria potestas* bildet im Cursus einen Unterabschnitt in dem Stück, welches mit dem bisher nicht gewöhnlichen Ausdruck „Vermögensgewalt" überschrieben ist. Hierüber habe ich zuvörderst Rechenschaft zu geben. Das Wort „Gewalt" ist die gewöhnliche Uebersetzung von *potestas;* auch die *manus*, die doch nichts weiter als eine Spielart der *potestas* ist, kann mit demselben Wort wiedergegeben werden (eheherrliche Gewalt). Das Wort klingt an die Idee der Staatsgewalt an; im Gebiete der publicistischen Herrschaftsverhältnisse ist ja das Wort „Gewalt" recht eigentlich im Gebrauch, und an diese Gewalt soll jene privatrechtliche Gewalt erinnern: in der Familiengewalt liegt ein der Staatsgewalt ganz verwandtes Moment.

Zweierlei Bedenken könnten gegen jenes Wort und dessen Gebrauch hier erhoben werden: 1) In der *patria potestas* und ihren Nachbildungen (*manus, mancipii causa*) ist auch ein personales Element enthalten, welches in dem Worte „Vermögensgewalt" nicht angedeutet ist; es scheint daher, daß ein anderes Wort sich besser empföhle: Hausgewalt, wozu jene Ulpian'sche Definition stimmt: *paterfamilias est, qui in domo dominium habet*[1]. Allein dieses personale Element ist nicht rein privatrechtlicher Natur, vielmehr liegt darin neben der Idee sinnlichen Macht-, d. h. dinglichen Rechtsverhältnisses zugleich die Idee eines obrigkeitlichen Amtes und disciplinaren Respectverhältnisses; nur die erstere Idee gehört dem Bereich des Privatrechts an, die andere ist publicistischer Natur und darf also im System des Privatrechts nicht hervortreten. Dazu ist zu berücksichtigen, daß dieses personale Element mehr und mehr geschwächt wurde und in der Zeit der classischen Jurisprudenz, welche doch in dem System des Cursus reflectirt wird, fast ganz hinter dem ökonomischen Machtverhältniß zurücktrat. Die ökonomische Seite ist die kräftigere Seite, die weit entfernt, im Princip aufgegeben zu werden, vielmehr juristisch durchgebildet und verfeinert wurde;

1) *fr.* 195. § 2. *de V. S.*

erst am *peculium profecticium* sieht man recht deutlich, wie die Stellung des *paterfamilias* zu seinem *filiusfamilias* im Grunde die Gewalt über die Vermögenssphäre einer Person ist.

2) Es könnte ferner gegen das aufgestellte System der Vermögensgewalt eingewendet werden, daß unter diesem Gesichtspunkt auch das auf *coëmtio fiduciaria* beruhende Verhältniß, das Concubinat, die *auctoramenti causa* und *ab hostibus redemtio* dargestellt worden sind[1], die doch keine eigentliche Vermögensgewalt enthalten. Indeß alle diese Gebilde sind Erfindungen der Zeit des nationalen Verfalls und tragen den Karakter des Krankhaften und Anomalen an sich; sie können daher in einem System nur als Anhängsel der Rechtsgebilde, deren Zerrbilder sie sind, erwähnt werden.

Gegen die Einreihung des Patronats unter die Vermögensgewalten wird man nichts einwenden, wenn man erwägt, daß das gesetzliche Erbrecht aus dem Patronat ein *jus in bonis liberti,* theilweise durch die *bonorum possessio contra tabulas liberti*[2] gesichert und im Wege der *assignatio liberti* disponibel war; das *jus operarum* setzte zwar eine *jurata promissio* voraus, und deren besondere Wirkungen erstreckten sich nicht auf gewöhnliche Vermögensleistungen, so daß mehr ein personales, als ökonomisches Element daran sichtbar wird: allein was promittirt wurde, lag eigentlich schon in der natürlichen Pflicht des Freigelassenen, und ganz fremd blieb auch die Idee einer Vermögensgewalt diesen *libertatis causa imposita* nicht[3].

B. Was wir heutzutage Familienrecht nennen, reducirte sich nach nationalrömischer Anschauung im Grunde auf die beiden einfachen Rechtsinstitute der *potestas* und *manus,* von welchen die letztere auch nur eine Varietät der ersteren war. Alle genossenschaftlichen Elemente des Familien- und Hauswesens, welche auf germanischem Boden zu so reicher Entfaltung kamen und da fast übermäßig wucherten, erscheinen in Rom als zusammengedrängt in den geschloßnen Rahmen der *domus, in qua paterfamilias dominium habet*[4]. Nur der eigentliche *paterfamilias* galt als eigentliches und selbständiges Subjekt, Alles Andere, selbst Frau und Nachkommenschaft im Hause, war Objekt; die Familie war eine bloße Pertinenz des Hausherrn. Das erschien freilich von der einen Seite als eine Niederdrückung der Familie, allein indem der Hausherr doch als das *caput,* die Familie als die Glieder aufgefaßt wurden, zeigte sich die edlere Seite und der Fortschritt über das Barbarenthum hinaus.

Da die nationale Auffassung der *potestas* tief in den natürlichen Verhältnissen begründet, und das Abhängigkeitsverhältniß der einen Generation zur anderen ein absoluteres Bedürfniß ist, als dasjenige des einen Geschlechts vom anderen: so ist es erklärlich, daß vor der eindringenden Wildflut unrömischer Neuerungen seit dem Ende der Republik die *patria potestas* länger Stand hielt, als die *manus.* Stellen wir die *potestas* und *manus* im 3. Jahrh. n. Chr. neben einander, so zeigen sie ein völlig verschiedenes Bild: während die *patria potestas* und die *paterna verecundia* im Grundsatz unversehrt stand[5], bot die Manusehe ein Bild völliger Auflösung; sie existirte während der Kaiserzeit, da auch die *manus per coëmtionem* mehr und mehr abkam, fast nur noch in dem Zerrbild der *fiduciaria coëmtio.* Die freie Ehe des damaligen gemeinen Rechts aber war im Grunde nichts weiter als ein Dotalcontract und

1) s. Cursus § 792—795. 799. 800. — 2) s. Cursus § 900.
3) *fr.* 26. § 12. *de cond. indeb.* (12, 6). — 4) *Ulp. fr.* 195. §. 2. *d. V. S.*
5) s. Cursus § 937. 940 a. A.

eine *societas bonorum:* das staatlich sanctionirte und privilegirte Mittel, römische Bürger in die Welt zu setzen.

C. Neben den Rechten der *patria potestas* kommen hier und da, besonders in der christlichen Kaiserzeit, einzelne Rechte der Mutter als solcher zum Durchbruch. Schon durch ein *Sctum Tertullianum* unter Hadrian war der Mutter als solcher schlechthin ein Erbrecht gegenüber ihren Kindern eingeräumt worden[1]. Ob die Ernährungspflicht, welche gegenüber den *parentes virilis sexus* anerkannt war, auch auf die Mutter (und weiblichen Adscendenten) zu erstrecken sei, war lange bestritten; Ulpian verwies die Frage an das richterliche Ermessen, welches die *caritas sanguinis* zu berücksichtigen habe[2]. Ueberall, wo des Vaters Wille mit der Mutter der Kinder in Conflict war, hatte freilich der erstere die Oberhand kraft der intensiveren *patria potestas;* allein im Uebrigen war der Mutter Wille zu berücksichtigen. So war sie zu hören, wenn es sich um die Frage handelte, wo das Kind erzogen werden solle[3]. Gleich dem Vater hatte auch die Mutter Anspruch auf Reverenz und Pietät: *Si filius matrem aut patrem, quos venerari oportet, contumeliis afficit, vel impias manus iis infert, Praefectus Urbi delictum ad publicam pietatem pertinens pro modo ejus vindicat*[4]. Ja unter Umständen (*ob nequitiam patris*) konnte bei einem Streit um die Erziehung wohl gar der Mutter Recht gegeben werden: *causa cognita mater in retinendo potior erit — obtinuit mater, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur*[5], und wenn der Vater die Anerkennung seines legitimen Kindes verweigerte, konnte ihn die Mutter mit der *actio de partu agnoscendo* auf Anerkennung und Alimentirung belangen[6].

## II.

## Die contractliche Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder.

Zu § 744] Es ist nicht wahrscheinlich, daß in ältester Zeit die Hauskinder eine obligatorische Verbindlichkeit zu übernehmen fähig waren, so daß sie hätten verklagt werden können, denn 1) durch *capitis diminutio minima* gingen nach Civilrecht die Schulden des nunmehrigen Gewaltuntergebenen unter[7]; 2) auch später noch konnte ein Hauskind nicht durch *votum* obligirt werden[8]; 3) die Personalexecution, welche in alter Zeit im Fall der Verurtheilung den Proceß beschloß und zur *addictio* des Verurtheilten führte, stand in Widerspruch zu der Autorität der *patria potestas;* dieser Widerspruch war im Delictsfall durch das Princip der Noxalklage (*defensio filii*) gehoben, aber für den Contractsfall gebrach es an solcher Lösung[9]. Vielleicht in den letzten Jahrhunderten der Republik, unter dem indirecten Einflusse des *jus gentium,* als die Vermögensexecution ausgebildet wurde, und Hauskinder vielfach eigne Verwaltung von Vermögen (*peculium*) empfingen, mag sich der Satz, daß Hauskinder obligirungsfähig seien, im Princip festgestellt haben, denn es lag im Interesse ihrer commerciellen Selbstbewegung, daß dieser Satz anerkannt wurde, weil er einen moralischen Druck auf das Hauskind und seine Angehörigen ausübte, alle Interessenten zur Sorge um die Zahlung

1) s. Cursus § 896. — 2) *Ulp. fr.* 5. § 2. *de agnosc. et alend. lib.* (25, 3).
3) *Ulp. fr.* 1. § 10. *de inspic. ventre* (25, 4).
4) *Ulp. fr.* 1. § 2. *de obsequiis parentibus praest.* (37, 15).
5) *Ulp. fr.* 3. § 5. *de lib. exhib.* (43, 30). — 6) § 13. *J. de action.* (4, 6).
7) *Gai.* 3, 84; 4, 28. — 8) *fr.* 2. § 1. *de pollicit.* (50, 12).
9) Vergl. Mandry d. gem. Familiengüterrecht I. S. 341. 342. 409.

stachelte, in diesem Drucke eine Garantie für die Gläubiger lag und diese den Credit der Hauskinder entsprechend hob. Für die Anerkennung jenes Satzes spricht 1) das System der *actiones adjecticiae qualitatis,* welches ja auf dem Grundgedanken ruht, daß die Verbindlichkeit originär in der Person des contrahirenden Hauskindes entsteht, und 2) die Ediktsclausel[1], welche *capite diminuti,* z. B. einen Arrogirten, aus früheren Contracten zu belangen gestattete, gleich als ob keine *capitis diminutio* stattgefunden hätte, denn dies setzt voraus, daß der Prätor die allgemeine civilrechtliche Möglichkeit, ein Hauskind zu belangen, zum Rückhalt hatte, als er diese Clausel in das Edikt aufnahm.

In der Kaiserzeit ist kein Zweifel, daß Hauskinder sich durch Contract verpflichten und durch Klage in Anspruch genommen werden können: *filiusfamilias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur*[2]; *tam ex contractibus, quam ex delictis in filiumfamilias competit actio*[3]. Selbstverständlich können sie daher auch verurtheilt, und es kann gegen sie mit der *actio judicati* vorgegangen werden[4]. Die Verurtheilung konnte Zahlung durch Andere veranlassen; hatte der Verurtheilte ein *peculium profecticium,* so konnte aus diesem gezahlt werden; war *peculium castrense* da, so war dieses Executionsobjekt[5].

## III.

## *Domini potestas.*

Zu § 748] A. Wir können uns die Bedeutung des Sklaventhums[6] für die antike Geschäftswelt kaum groß genug vorstellen. Die Sklaven waren die Maschinen der damaligen Zeit, auf welche alle körperliche Kraftanstrengung gelegt ward. Die Sklaven wurden auch zu Speculationsmitteln in ähnlicher Weise, wie heutzutage die Actien dem Speculationsgeist dienen, denn man kaufte rohe Sklaven zu niedrigem Preis, um ihnen Kunstfertigkeiten zu lehren und sie dann höher zu verwerthen[7], und es war nicht selten, daß zu solcher Speculation sich mehre Capitalisten verbanden, welche ein Capital gemeinsam in Einem oder mehrern Sklaven anlegten und den Ertrag der Kunstfertigkeit derselben als Rente oder Dividende unter sich vertheilten. Die Sklaven dienten endlich auch als Contrahirungsinstrumente im rechtsgeschäftlichen Verkehr, was für die vornehmen Römer ein sehr wesentlicher Dienst war; fast das ganze *commercium inter absentes* lag auf den Schultern des Sklavenstandes, und der Sklave war dabei nicht bloß *nuntius* statt des Briefes, sondern persönlich contrahirender Stellvertreter des Herrn. Vielleicht war es einer der Vorzüge des römischen *jus commercii* vor dem Peregrinenrecht, daß nach jenem der Sklave seinen Herrn mit voller Wirksamkeit berechtigen und verpflichten konnte: das System der *actiones adjecticiae qualitatis* war offenbar auf ein schwunghaftes Verkehrswesen berechnet. Ein römischer Bürger aus den angesehenen Kreisen würde sich nicht erlaubt haben, sich in den niederen Erwerbszweigen persönlich zu versuchen, auch

---

1) *fr.* 2. § 1. *de cap. min.* (4, 5).
2) *Gai. fr.* 39. *de O. et A.* (44, 7), und *fr.* 141. § 2. *de V. O.* (45, 1); *Pomp. fr.* 6. § 7. *de act. emti* (19, 1); *Paul. fr.* 5. *pr. quod. cum eo* (14, 5). Vergl. auch *Julian. fr.* 1. § 42. *depos.* (16, 3).
3) *Ulp. fr.* 57. *de judic.* (5, 1).
4) *Ulp. fr.* 10. § 2. *de fid.* (46, 1); *fr.* 3. § 4. *de minor.* (4, 4); *Paul. fr.* 5. *pr. quod cum eo* (14, 5).
5) Ueber Fortdauer der Verbindlichkeit nach Aufhebung der Gewalt s. Mandry *l. c.* S. 414 ff.
6) Vergl. dazu oben (Excurse) S. 430 ff. — 7) z. B. *fr.* 26. § 8. *mandati* (17, 1).

wenn die günstigste Gewinngelegenheit gewinkt hätte, aber durch die Arme seiner Sklaven konnte er in alle Falten und Winkel des geschäftlichen Lebens greifen und[1] Gold selbst aus dem tiefsten Schmutze suchen, ohne seinen Namen vor seinen Mitbürgern zu beflecken. — Die Handlungszeitung v. J. 1816 erzählt von einem Lord Erskine, welcher, um den Besenhandel, wozu er das Material von seinen Landgütern bezog, zu betreiben, 65 Hausirpatente für seine Dienstleute gekauft hatte; diese boten die Besen des Lords in den Straßen Londons feil und brachten ihrem Herrn jährlich 12,000 Thlr. und mehr ein. In Rußland gab es Leibeigene, welche mit Bewilligung ihres Herrn große Firmen etablirten, sich zu reichen Banquiers aufschwangen, faktisch ganz wie Vollfreie lebten und ihrem Herrn eine ansehnliche Rente einbrachten. Aehnlich haben wir uns das Leben und die Leistungen vieler Sklaven im alten römischen Reich zu denken.

Die Sklaven und Sklavinnen, welche zur häuslichen persönlichen Bedienung dressirt waren, mußten freilich oft unter der Härte ihrer Herren, von den Launen ihrer Herrinnen Unerträgliches leiden[2], sie wurden oft schlimmer als das Vieh behandelt. Allein wer human und klug war, achtete im Sklaven den Menschen; nicht selten war das Band, welches den Sklaven an das Haus seines Herrn knüpfte, ein inniges, edles und noch den Zustand der Sklaverei überdauerndes, indem der Freigelassene der Vertraute und Geschäftsführer seiner Patronsfamilie blieb. Scaevola erzählt: *Qui negotiationem per Pamphilum et Diphilum, prius servos, postea libertos, exercebat, suo testamento eos tutores reliquit et cavit, ut negotium eodem more exerceretur, quo se vivo exercebatur*[3]. Ein bedeutsames Relief erhielt der ganze Sklavenstand durch die Anstellung von *servi publici* im Subalterndienst der öffentlichen Behörden; zwei des Griechischen kundige Sklaven wurden schon in alter Zeit von Staatswegen gehalten, um den *Duumviri sacris faciundis* zur Deutung der sibyllinischen Bücher als Dollmetscher zu dienen[4]; durch Appius Claudius den Censor wurde der Herculescult auf *servi publici* übertragen; wenn das Geschäft eines Pupillen keinen Aufschub litt und kein Sklave desselben da war, konnte der Prätor einen *servus publicus* zuziehen, um durch diesen die Stipulation Namens des Pupillen vornehmen zu lassen[5]. Es ist dazu namentlich dies zu berücksichtigen, daß aus Kleinasien u. s. w. zu den Römern viele Sklaven kamen, welche in die feinen Sitten, anmuthigen Künste und gelehrten Wissenschaften des Griechenthums eingeweiht die Lehrer der jungen Römer und die Lieblinge der höheren Gesellschaftscirkel wurden; Homer's Ruhm und Solon's Name schienen oftmals dem stolzesten Römer Achtung zu gebieten vor einem Sklaven, welcher noch den Stempel der Landsmannschaft jener Koryphäen der Civilisation auf der Stirn trug. Zahlreiche Kinder von Sklavinnen hatten römische Bürger zu Vätern[6].

So erschien der Sklavenstand in allen Farben, in denen überhaupt das Licht der damaligen Gesellschaft sich brechend entfalten konnte; unter *familia* ward sehr häufig das Sklavenpersonal eines Römers verstanden[7]. Aber freilich dem Vertrauen der Herren sollte jederzeit auch die Hingebung der Sklaven entsprechen. Diese Hingebung sollte unbedingt seyn. *Cum dominus occiditur, auxilium ei familia ferre debet et armis et manu et clamoribus et*

---

1) wie wir z. B. aus einem in *fr.* 4. § 3. *de his qui not. infam.* (3, 2) erwähnten Falle sehen.
2) *fr.* 2. *i. f de his qui sui j.* (1, 6). — 3) *fr.* 58. *pr. de admin. tutor.* (26, 7).
4) Marquardt Röm. Alterth. IV. S. 326 ff. — 5) *Ulp. fr.* 2. *rem pupilli* (46, 6).
6) *fr.* 5. *de praescr. v.* (19, 5). — 7) s. z. B. *fr.* 79. *pr. de legat. III.*

*objectu corporis; quodsi, cum posset, non tulerit, merito de ea supplicium sumitur*[1].

B. Man unterschied, ob Jemand einen Vorrath verkäuflicher Sklaven hielt, um mit ihnen Handel zu treiben, oder ob er die Sklaven als sein dauerndes Besitzthum betrachtete: *mancipia venalia et usualia*[2]. Unter Umständen konnte dieser Unterschied hermeneutische Bedeutung gewinnen[3].

Sodann unterschied man, ob die Sklaven, die man besaß, eingewöhnte Sklaven oder Neulinge seien: *mancipia veterana* (auch *veteratores* genannt) und *novicia*. Mit Rücksicht auf gewisse fiscalische Interessen war die entscheidende Zeit bestimmt: *sunt autem veterana, quae anno continuo in urbe servierint, novicia autem mancipia intelliguntur, quae annum nondum servierint*[4]. Sonst wurde das Kriterium nicht auf die Zeit, sondern auf das Vertrauen, welches dem Sklaven zu Theil wurde, gestellt: *Veteratorem non spatio serviendi, sed genere et causa aestimandum, Caelius ait; nam quicunque ex venalicio noviciorum* (Sklavenseminar) *emtus alicui ministerio praepositus sit, statim eum veteratorum numero esse: novicium autem non tirocinio animi* (subjektiver Unerfahrenheit), *sed conditione servitutis intelligi; nec ad rem pertinere, latine sciat, necne; nam et ob id veteratorem esse, si liberalibus studiis eruditus sit*[5].

Die Stellung zum Herrn wurde namentlich durch die Art des Dienstes bestimmt, und danach wohl auch *ordo et dignitas mancipiorum* unterschieden. Diese Unterscheidung war wichtig für den Fall, daß der Sklave Gegenstand eines Nießbrauchsrechts wurde, denn dann bestimmte sich nach dem Dienststande des Sklaven, welche Dienste der Servitutberechtigte von ihm in Anspruch nehmen durfte, ohne sich dem Vorwurf eines Mißbrauchs auszusetzen, sowie auch, nach welchem Maaßstab er ihn zu beköstigen und zu kleiden hatte[6]. Vor Allem wurde zwischen *mancipia urbana* und *rustica* unterschieden[7], wobei es auf die herrschaftliche Anordnung, nicht auf das Zufällige des äußerlichen Aufenthalts ankam: *Urbana familia et rustica non loco, sed genere distinguitur; potest enim aliquis dispensator non esse servorum urbanorum numero, velut is, qui rusticarum rerum rationes dispenset ibique habitet, non multum abest a villico; insularius* (Hausmeister) *autem urbanorum numero est; videndum tamen est, ipse dominus quorum loco quemque habuerit: quod ex numero familiae et vicariis apparebit*[8]. Aus einer Verordnung Constantin's sehen wir, daß namentlich im Vormundschaftswesen jene Unterscheidung einflußreich war, denn nach einer gesetzlichen Bestimmung, die allerdings dann von Constantin selbst aufgehoben ward, sollte der Vormund den Vermögensbestand des Minorennen (*pretiosa mobilia, urbana mancipia* u. s. w.) in Geld umsetzen, wovon nur *praedia et mancipia rustica* ausgeschlossen waren[9].

Unterscheidungen nach dem Detail der Dienste, wie sie aus dem Getriebe eines raffinirten Luxuslebens entspringen, werden in den Quellen häufig angeführt[10]. Mit Rücksicht auf die Genugthuungsfrage bei Injurien führt

---

1) *Mod. fr.* 19. *de Scto Silan.* (29, 5). — Vergl. Ihering Geist d. R. R. II. § 32. 34 (2. Aufl. S. 229 ff.). Walter Röm. Rechtsgesch. II. § 466—477.

2) *Marcian. fr.* 16. § 3. *de public. et vectigal. comm.* (39, 4).

3) *fr.* 73. § 4. *de legat. III.* — 4) *fr.* 16 *eod.*

5) *Venul. fr.* 65. § 2. *de aed. Ed.* (21, 1). — 6) *fr.* 15. § 1. 2. *de usufr.* (17, 1).

7) *fr.* 210. *de V. S.* — 8) *Pomp. fr.* 166. *eod.*

9) *c.* 22. *de admin. tutor.* (5, 37). Vielleicht liegt in dieser Stelle eine der ältesten Andeutungen von einer Bodenhörigkeit der Landsklaven. Vergl. Marquardt Röm. Alterthümer V. S. 185—195.

10) Ueber die verschiedenartigen Dienststellungen der Sklaven s. namentlich *Alfen. fr.* 203. *de V. S.* und *Marcian. fr.* 65. *de legat. III.*

Ulpian aus: *Praetor non ex omni causa injuriarum judicium servi nomine promittet. Nam si leviter percussus sit, vel maledictum ei leviter: non dabit actionem; at si infamatus sit vel facto aliquo, vel carmine scripto, puto causae cognitionem Praetoris porrigendam et ad servi qualitatem: etenim multum interest, qualis servus sit, bonae frugi, ordinarius, dispensator*[1], *an vero vulgaris* (Handlanger) *vel mediastinus* (Aufwärter), *an qualisqualis; et quid, si compeditus, vel male notus, vel notae extremae? Habebit igitur Praetor rationem tam injuriae, quae admissa dicitur, quam personae servi, in quem admissa dicitur; et sic aut permittet aut denegabit actionem*[2]. Ulpian nennt an andrem Orte einen *servus fornicarius* (Ofenheizer)[3]; Gaius einen *dispensator* (Zahlmeister), *cellarius* (Kellermeister), *cocus* (Koch)[4]; Modestinus *tragoedos tres* (Schauspieler)[5]; Maecian einen *paedagogus liberorum*[6]; Scaevola einen *servus notarius*[7]; Marcian einen *cubicularius* (Kammerdiener), *obsonator* (Einkäufer), *piscatoribus praepositus* (Fischereiinspector)[8]; Ulpian führt aus: *Mancipiorum usufructu legato non debet abuti, sed secundum conditionem eorum uti. Nam si librarium* (einen Schreiber) *rus mittat et qualum et calcem* (Flechtkörbe und Kalk) *portare cogat, histrionem balneatorem faciat, vel de symphonia atriensem* (Portier), *vel de palaestra stercorandis latrinis praeponat: abuti videbitur proprietate*[9].

Wichtiger als alle diese Unterscheidungen war aber die der *servi ordinarii* und *vicarii*, denn diese bezog sich auf das Peculiarverhältniß und hatte dadurch eine unmittelbare Bedeutung für das Privatrecht[10]. Schon dem Servius Sulpicius und Labeo war sie geläufig[11]. Wir könnten sagen: Obersklaven und Untersklaven, denn *vicarii* waren die zum Peculium eines Sklaven gehörigen und demgemäß diesem untergebenen Sklaven. Da *servi peculium velut patrimonium* galt[12], so war es natürlich, daß das nächste Verhältniß des *vicarius* das zu seinem *ordinarius* war, und durch diesen das Verhältniß des *vicarius* zum eigentlichen Herrn vermittelt wurde; dem entspricht es, wenn Pomponius sagt, daß die *vicarii* nicht zu den eignen Sklaven des eigentlichen Herrn gerechnet würden, wenn es sich um Auslegung von Testamenten handle[13]. Auch der *servus ordinarius* konnte seinen *vicarii* wieder (Unter-) Peculien aussetzen, und dann entstanden leicht verwickelte Rechtsfragen[14]. *Si servus meus ordinarius vicarios habeat, id, quod vicarii mihi debent, an deducam ex peculio servi ordinarii? Et prima illa quaestio est, an haec peculia in peculio servi ordinarii computentur? Et Proculus et Atilicinus existimant, sicut ipsi vicarii sunt in peculio, ita etiam peculia eorum, et id quidem, quod mihi dominus eorum, i. e. ordinarius servus debet, etiam ex peculio eorum detrahetur; id vero, quod ipsi vicarii debent, dumtaxat ex ipsorum peculio; sed et si quid non mihi, sed ordinario servo debent, deducetur de peculio eorum, quasi conservo debitum; id vero, quod ipsis debet ordinarius servus, non deducetur de peculio ordinarii servi, quia peculium eorum in peculio ipsius est. Et ita Servius respondit. Sed peculium eorum augebitur, ut opinor, quemadmodum si*

---

1) Vergl. *fr.* 41. *de fid. lib.* (40, 5). — 2) *fr.* 15. § 44. *de injur.* (47, 10).
3) *fr.* 27. § 9. *ad leg. Aquil.* (9, 2). — 4) *fr.* 24. *de manumiss. test.* (40, 4).
5) *fr.* 12. *pr. de fideic. libertat.* (40, 5. — 6) *fr.* 35. *eod.* — 7) *fr.* 41. § 3. *eod.*
8) *fr.* 65. *pr. de legat. III.*
9) *fr.* 15. § 1. *de usufr.* (7, 1). Vergl. Marquardt Röm. Alterthümer V. S. 141–165.
10) Vergl. *fr.* 16. § 1.; *fr.* 21. 22. 25 *de pec. leg.* (33, 8).
11) *fr.* 17. *de pecul.* (15, 1); *fr.* 5. *de evict.* (21, 2). und *fr.* 22. *de pec. leg.* (33, 8).
12) *fr.* 19. § 1. *de pecul.* (15, 1). — 13) *fr.* 73. § 5. *de legat. III.*
14) s. Cursus § 760 sub 3.

*dominus servo suo debet ... Quaeritur, si ordinarii servi nomine actum sit de peculio, an agi possit et vicariorum? Et puto, non posse. Sed si actum sit de peculio vicarii, agi poterit et de peculio ordinarii*[1].

C. In Betreff der allgemeinen Art der Sklavendienste (*operae serviles*) wurde zwischen *officia* und *artificia* unterschieden[2]. Dieser Unterschied war nicht bloß für die Besteuerung wichtig[3], sondern wurde auch als Interpretationsmoment berücksichtigt, indem in dem Uebergang zu einem Kunstzweig gleichsam eine Veränderung der Persönlichkeit gesehen ward: *Si ex officio quis ad artificium transierit, quidam recte putant, legatum exstingui: quia officium artificio mutatur*[4].

Dieser Unterschied erstreckte sich auf den Stand der Freigelassenen, für welche der Satz: *natura operas patrono libertus debet,* nur Betreffs der *operae officiales,* nicht der *fabriles,* galt[5].

## LXXXIII. Kapitel.

### Entstehung und Endigung der väterlichen Gewalt.

(Zu § 750—755.)

### I.

### *Denunciatio praegnatis mulieris.*

Zu § 750] Wenn eine Frau nach stattgefundener Ehescheidung sich schwanger fühlte, so konnte, um der Zweifelhaftigkeit der Abstammung der zu erwartenden Geburt vorzubeugen, ein besonderes Denunciationsverfahren stattfinden, welches durch ein *Sctum Plancianum de liberis agnoscendis* (vor Hadrian) geregelt war.

Die Initiative zu diesem Verfahren kam der Frau zu: *denuntiatio a marito non incipit, sed a muliere*[6], und bestand in einer einfachen Anzeige der Schwangerschaft seiten der Frau selbst, bez. ihres Gewalthabers: *sufficit, hoc notum facere, quod sit praegnas*[7], *s. denunciare, se ex marito concepisse*[8]. Diese Denunciation mußte innerhalb Monatsfrist nach der Scheidung und an den geschiedenen Mann selbst, bez. dessen Gewalthaber (*marito vel parenti, in cujus potestate est, denunciare*), oder, wenn derselbe nicht anzutreffen war, vor dessen Wohnung (*domum denunciare*) geschehen[9]. Verspätete Denunciation wurde nur aus besonderen Gründen *causa cognita* noch zugelassen[10]. Unterließ die Frau die Anzeige, so stand dem Manne jederzeit frei, die Legitimität der Geburt zu bestreiten und es auf besondere Beweisführung ankommen zu lassen[11].

Geschah aber rechtzeitige Denunciation, so wurde die Beweislast auf den Mann gewälzt, und mißlang diesem der Beweis, so traf ihn die Ernährungspflicht; der Mann mußte nämlich hier entweder *missio s. oblatio custodum* oder *contradenunciatio* d. h. *responsio, non esse mulierem ex se praegnatem,* vornehmen[12]; unterließ er beides, so präjudicirte er sich in so weit, daß er nun sich nicht weigern durfte, die Ernährung des Kindes zu überneh-

1) *Ulp. fr.* 17. 19. *de pecul.* (15, 1). — 2) *fr.* 24. *de manum. test.* (40, 4).
3) *fr.* 4. § 5. *de censibus* (50, 15). — 4) *Marcian fr.* 65. § 1. *de legat. III.*
5) *fr.* 26. § 12. *de cond. indeb.* (12, 6). — 6) *Ulp. fr.* 1. § 5. *de agnoscendis liberis* (25, 3).
7) *fr.* 1. § 3. *eod.* — 8) *fr.* 1. § 12. *eod.* — 9) *fr.* 1. § 1. *eod.*
10) *fr.* 1. § 7. *eod.* — 11) *fr.* 1. § 6. 8. 15. *eod.*
12) *fr.* 1. § 3. 4. *eod.*

men: wobei aber die Frage, ob das Kind *suus heres* sei, in Schwebe blieb[1]. Die zugeschickten Ueberwacher waren als *custodes ad ventrem custodiendum inspiciendumque* gemeint und sollten Unterschiebung eines fremden Kindes verhüten[2]. Für den Mann lag in der Zuschickung der Ueberwacher noch keine Anerkennung der ehelichen Schwangerschaft, anderseits aber verlor die Frau ihr durch die Denunciation begründetes Recht, wenn sie die Ueberwachung ablehnte[3].

Andere *Scta,* namentlich seit Hadrian, berücksichtigten auch solche Fälle, da *constante matrimonio* oder nach Aufhören der Ehe durch Tod des Gatten eine vielleicht anzuzweifelnde Schwangerschaft in Frage kam[4].

Für den Fall, daß umgekehrt die geschiedene Frau die Schwangerschaft in Abrede stellte, während der Mann sie vermuthete, wurde unter den *Divi Fratres* die Bestimmung aufgestellt, es solle auf Verlangen des Mannes eine Ueberwachung angeordnet werden. *Si perstat in eadem postulatione, commodissimum est, eligi honestissimae feminae domum, in quam Domitia veniat, et ibi tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te assumtae fuerint, eam inspiciant; et siquidem vel omnes vel duae renunciaverint praegnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat, atque si ipsa hoc desiderasset; quodsi enixa non fuerit, sciat maritus ad invidiam existimationemque suam pertinere, ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam mulieris injuriam; si autem vel omnes vel plures, non esse gravidam, renunciaverint, nulla causa custodiendi erit*[5]. —

Ueber das ganze bei der *inspectio ventris et custodia partus* zu beobachtende Verfahren waren im prätorischen Edikt sehr ins Einzelne gehende Bestimmungen vorgeschrieben (*Edictum de custodiendo partu*)[6].

## II.

## Die Annahme an Enkels Statt.

Zu § 752] Der gewöhnliche Adoptionsfall war bei den Römern ebenso, wie bei uns, die Annahme an Kindes Statt, wodurch der Adoptirte unmittelbar in *patria potestas* des Annehmenden kam und Geschwister der etwaigen Kinder desselben ward.

Die Römer kannten aber auch eine Adoption, wodurch dem Angenommenen Enkelstelle zugetheilt ward. Dies konnte in doppeltem Sinne geschehen: 1) abstrakt, d. h. so, daß kein specielles Paternitätsverhältniß zu einem Sohne des Annehmenden hergestellt wurde: *adoptio nepotis quasi ex filio incerto*[7]. Hier kam der Angenommene unmittelbar in die väterliche Gewalt des Annehmenden und ward *suus heres* desselben; aber mit dem Tode des Annehmenden erlosch das Verwandtschaftsverhältniß zu den leiblichen Enkeln[8]. Uebrigens konnte solche Annahme an Enkels Statt auch dann geschehen, wenn der Annehmende ohne Kinder war[9].

2) Es konnte aber auch bei der Adoption der Anzunehmende zum Kinde eines bestimmten Sohnes erklärt werden: *perinde quasi ex eo filio natus esset*[10]. Dazu war Consens des betreffenden Sohnes erforderlich[11]. Solchenfalls ward der Angenommene *suus heres* nicht des Annehmenden, sondern des

---

1) *fr.* 1. § 13. 14 *eod.* — 2) *fr.* 1. § 12. *eod.* — 3) *fr.* 1. § 6. 11. *eod.*
4) *fr.* 3. *eod.* — 5) *Ulp. fr.* 1. *pr. de inspic. ventre* (25, 4). — 6) *fr.* 1. § 10. *eod.*
7) *Pomp. fr.* 43. *de adopt.* (1, 7). — 8) *Proc fr.* 44. *eod.* Dazu *fr.* 13. *eod.*
9) *Paul. fr.* 37. *eod.* — 10) *fr.* 10. 11. 44. *eod.* — 11) *Jul. fr.* 6. *eod.*

betr. Sohnes und fiel in dessen *patria potestas,* wenn der Annehmende starb[1]. Das Verwandtschaftsband ward hier nicht durch den Tod des Adoptivgroßvaters aufgehoben.

Wenn ein Römer zwei Söhne und einer derselben einen Sohn hatte, welchen der Großvater zum Sohne des anderen seiner Söhne erklären wollte, so war ihm auch das nicht unmöglich: er mußte zu dem Behufe den Enkel emancipiren und dann *quasi ex altero natum* adoptiren[2].

## LXXXIV. Kapitel.

### Das Peculium.

(Zu § 756—762.)

A. Labeo, welcher zur Entwickelung des Handelspeculium (*merx peculiaris*) soviel beitrug[3], scheint auch die Theorie des einfachen *peculium* wesentlich erweitert zu haben, indem er für den Fall eines Verkaufs des Sklaven während schwebender *actio de peculio* eine freiere Ansicht vertrat[4], die Aufmerksamkeit auf die Besonderheit des *peculium vicariorum* hinlenkte[5] und den Rechtsbegriff des Peculium genauer als bisher von dem äußeren Sachbestand unterschied. In dem ersten Falle sprach Labeo die Identität der Peculiarsphäre eines dann veräußerten Sklaven in gewisser Beziehung aus; den dritten Punkt anlangend, so kann gefragt werden, ob in Labeo selbst schon der entscheidende Gedanke ganz gereift gewesen, aber jedenfalls sind von ihm wohl die Grundlagen gegeben worden, auf welchen dann von Proculus der Satz aufgestellt werden konnte, daß die Existenz von *res in peculio* keine Bedingung sei für die Anstellung der *actio de peculio.* Sehen wir uns aber nach dem Keim dieser neuen Rechtsidee um, so liegt es nahe, ihn auf einem Wege zu suchen, wo so viele neue Impulse zuerst sich geltend machten: auf dem Wege der Interpretation letzter Willen. Hier, wo es sich um die angemessene Aufrechthaltung von Legaten eines Peculium *per vindicationem* handelte, scheint zuerst der Gedanke aufgetaucht zu seyn, daß der Rechtsbegriff des Peculium nicht identisch sei mit dem äußern Sachbestand.

„Wenn das Peculiarvermögen des Sklaven durch Schulden an den Herrn gemindert war, . . . war das Vermächtniß der körperlichen Peculiarsachen nichts weniger, als identisch mit dem Vermächtniß des Peculium. Das Peculium repräsentirte den Saldo nach Abzug der Passiva, die Peculiarsachen einseitig den Activbestand. Die Gleichheit wurde erst dadurch quantitativ hergestellt, daß man die Peculiarsachen nur zu dem ideellen Theil als vermacht ansah, welcher dem Werth des Peculium nach Berichtigung der Passiva an den Hausvater entsprach. Die Juristen stützten sich bei ihrer Auffassung auf den präsumtiven Willen des Testator. Die älteste Spur dieser Auffassung des Peculienvermächtnisses findet sich bei Labeo[6]. Er entschied dahin, daß die Größe des Antheils an der vermachten Sache sich nach dem Schuldenstand im Momente der Vindication richte, so daß eine nach dem Tode des Erblassers erfolgte Abtragung der Schuld durch den Freigelassenen dessen Eigenthumsquote an der legirten Sache vergrößerte“[7].

---

1) *Paul. fr.* 10. *eod.* — 2) *Ulp. fr.* 15. § 1. *eod.*
3) s. oben (Excurse) S. 369. — 4) *fr.* 43. *de pecul.* (15, 1). — 5) *fr.* 6. *eod.*
6) *fr.* 22. *pr. de pec. leg.* (33, 8).
7) Dernburg Gesch. u. Theorie d. Compensation (2. Aufl. 1868) § 15. S. 124.

B. Unter dem Namen *peculium duplicis juris*[1] hat Mandry[2] eine Anzahl von möglichen Complicationen des Sklavenpeculium zusammengestellt[3]:

1) Mehrere Usufructuare oder mehrere redliche Besitzer, oder ein Usufructuar und ein Proprietar concurriren in Betreff desselben Sklaven. Hier ist zu trennen, was der Sklave *ex re domini* und was er *ex re usufructuarii, bonae fidei possessoris*, bez. *ex operis suis* erwirbt. Gegen jeden geht die *actio de peculio* nur bis zur Höhe des Werthes seines Antheils am Sklavenpeculium[4]. Nach Maaßgabe des getheilten Erwerbs theilen sich auch die Peculiarschulden[5]; doch kann der Dritte nach Ausklagung desjenigen Betheiligten, *ad quem res respicit*, den Rest von dem anderen Peculiuminhaber fordern[6].

2) Mehrere *condomini* des Sklaven haben Antheil am Peculium desselben. Dies kann in doppelter Weise der Fall seyn: a) das *peculium* ist ein *commune condominorum*, wenn die Peculiarbestandtheile selbst den *condomini* gemeinsam sind. Solchenfalls setzt sich die *communio peculii* auch in den mit den ursprünglichen Werthen erworbenen Rechten fort[7]. Jeder *condominus* haftet hier *in solidum* (über den eigenen Antheil hinaus), kann aber die Guthaben aller *condomini* vom Peculium abrechnen (*deducere*) und mit der *actio pro socio* oder *communi dividundo* Regreß *pro rata* an die *condomini* nehmen[8]. b) Es sind *peculia separata*, wenn die Peculiarbestandtheile ausschließlich im Vermögen der einzelnen *condomini* bleiben. Dieser Fall wird selten erwähnt. In ihm haftet der einzelne *condominus* lediglich mit seinem eigenen Peculium, kann freilich auch nur eigene Guthaben deduciren[9].

3) Die mehreren Erben des Gewalthabers treten in dessen Haftung *de peculio* ein, a) wenn der Sklave bei Lebzeiten des Herrn gestorben ist, und nun auch der Herr innerhalb Jahresfrist, während deren er haftbar blieb, stirbt[10]; b) wenn der Herr bei Lebzeiten seines Sklaven stirbt, indem hier die Erben ein Jahr lang haftbar bleiben[11]. Sie haften hier, jeder wegen der ganzen Schuld, aber nur mit seinem Peculiumantheil, welcher sich nach seiner Erbportion bestimmt[12]. Trotz Litiscontestation mit dem einen Miterben sollen die anderen bis zu völliger Befriedigung des Klägers haftbar bleiben[13]. Der belangte Miterbe kann nur die ihm selbst zustehenden Forderungen, bez. seinen Antheil an den Forderungen des Erblassers deduciren[14].

4) Der Erbe haftet, wenn der Sklave *cum peculio* im Testament freigelassen oder einem Dritten vermacht ist, ebenso wenn das Peculium für sich einem Dritten vermacht ist; doch kann er bei Ausantwortung des Peculium dem Empfänger *cautio defensum iri* abverlangen[15].

5) Wenn der Herr seinen Sklaven veräußert, bleibt er für die bis dahin begründeten Schulden *de peculio* verhaftet, sofern er für Ueberlassung des *peculium* an den neuen Herrn ein Aequivalent (*pretium*) empfangen hat[16]. Zugleich wird aber auch der neue Herr haftbar, sofern er dem Sklaven das mitgebrachte Peculium beläßt oder ihm ein (neues) Peculium gewährt[17]. Der

1) *Ulp. fr.* 19. § 1. *de pecul.* (15, 1). — 2) Zeitschr. f. Rechtsgesch. VIII. (1869) S. 382–414.
3) Vergl. auch Keller Ueb. Litiscont. und Urtheil (1827) S. 544 ff. Bekker process. Consumt. (1853) S. 310 ff. u. i. d. Zeitschr. f. Handelsr. IV. (1861) S. 508 ff. Dietzel in Bekker's Jahrb. d. gem. R. II. (1858) S. 31 ff.
4) *fr.* 32. *pr.*; *fr.* 37. § 3. *de pecul.* (15, 1). — 5) *fr.* 2. *eod.* — 6) *fr.* 19. § 1. *eod.*
7) *fr.* 15. *eod.* — 8) *fr.* 15. 27. § 8. *eod.* — 9) *fr.* 15. *eod.*
10) *fr.* 14. § 1. *eod.* — 11) *fr.* 14. *pr. eod.*; *fr.* 1. § 4. *quando de pecul.* (15, 2).
12) *fr.* 29. *pr.*; *fr.* 30. § 1. 2; *fr.* 32. *de pecul.* (15, 1). Unrichtig Dietzel *l. c.* S. 36.
13) *fr.* 32. *pr. eod* — 14) *fr.* 14. *pr.* § 1. *eod.*
15) *fr.* 1. § 7. *quando de pec.* (15, 2); *fr.* 18. *de pec. leg.* (33, 8).
16) *fr.* 27. § 2; *fr.* 47. § 4. 5. *de pecul.* (15, 1); *fr.* 1. § 7. *quando de pec.* (15, 2).
17) *fr.* 27. § 2. *cit*; *fr.* 1. § 8. *quando de pec.* (15, 2).

Gläubiger hat freie Wahl, den Einen oder den Anderen, oder jeden auf einen Theil zu belangen[1], doch immer nur nach Maaßgabe des betr. Peculium[2]; die Consumtionswirkung der Litiscontestation mit dem Einen wird durch Restitution beseitigt[3]. Der neue Herr kann seine Guthaben deduciren, der Veräußerer des Sklaven nur die vorher begründeten Guthaben und sofern er das Peculium zurückbehielt[4].

---

## Zweiter Abschnitt.

## Die Manus und die Dos.

---

### LXXXV. Kapitel.

#### Wesen und Geschichte des römischen Ehebandes.

(Zu § 763—768.)

Die systematische Stellung der Ehe.

Zu § 764] Zwei Fragen dürften Angesichts der vorstehenden Titelüberschrift aufgeworfen werden: 1) Warum ist das Eheband unter dem Gesichtspunkt der Ehegewalt dem System eingereiht? Ich antworte: weil das der nationalrömische Gedanke ist. Die Begriffe: Manus und Ehe sind freilich zweierlei, und auch als Lebensverhältnisse traten sie später auseinander; allein in alter Zeit treffen wir auf Ehe nur, wo auch *manus* ist, und auf *manus* nur, wo auch Ehe ist. Die Ehe als solche ist nach nationalrömischer Anschauung überhaupt nichts Juristisches, nur als *manus* oder im Rahmen der *manus* wird sie zum Rechtsverhältniß. Von der rechtlichen Seite erschien den alten Römern die Ehe nur als ein einseitiges Gewaltverhältniß, ebenso wie das Hausverhältniß zwischen Eltern und Kindern. „Eine Verwechselung von Manus und Ehe ist allerdings durchaus verwerflich, aber es ist auch verwerflich für die alte Zeit, wo nur Manusehen bestanden, von dem Begriff Ehe auszugehen und die Manus bloß als accessorisch zu betrachten, wodurch eine Zersplitterung der hausherrlichen Gewalt in eheliche Gewalt und durch die Manus erworbene Gewalt herbeigeführt wird. So lange es Manusehen gab, hieß die ganze Gewalt über die Frau Manus, und neben dieser fand keine andere über die Frau statt. Manus und Ehe waren unzertrennliche Begriffe, erst auf einer späteren Stufe wurden beide selbständig“[5]. Ja auch auf dieser späteren Stufe klingt das alte Supremat des Mannes nach im Dotalverhältniß, insofern die Dos in das Vermögen des Ehemannes kam, und die s. g. freie Ehe war ja im Grunde, juristisch betrachtet, auf ein Dotalverhältniß zusammengeschrumpft. In der classischen Zeit schwankt die Ehe, juristisch betrachtet, zwischen der Idee eines Gewaltverhältnisses und der Idee einer *dotis obligatio;* es wird diesem Schwanken gegenüber keiner weiteren Rechtfertigung bedürfen, wenn auch für das System des classischen

---

1) *fr.* 11. § 8; *fr.* 27. § 3. *de pecul.* (15, 1). — 2) *fr.* 11. § 8; *fr.* 30. § 5; *fr.* 47. § 3. *eod.*
3) *fr.* 30. § 5; *fr.* 32. § 1. *eod.* — 4) *fr.* 11. § 7. 8; *fr.* 47. § 4. 5. *eod.*
5) Rossbach Untersuch. üb. d. röm. Ehe (1853) S. 7. Anm. 24.

Rechts noch jener Suprematsidee der Vorzug gegeben wird. Die *vis* (*jus?*) *ac potestas* des *tutor* hatte sich im Laufe der Zeit ganz aufgelöst, und das Band zwischen Vormund und Mündel war im Lichte der classischen Jurisprudenz reducirt auf die Idee eines *munus publicum* und eines Quasicontracts; die *patria potestas*, obwohl auch sie in der Kaiserzeit nicht unerhebliche Einschränkung und Abflachung erfährt, erhält sich doch verhältnißmäßig intensiv und bleibt eines der Cardinalfundamente des römischen Gesellschaftswesens: noch Ulpian bestätigt die vorwaltende *potestas* des Vaters[1]; die Ehe aber steht zwischen beiden gleichsam in der Mitte, denn sie hört allerdings auf, regelmäßig als ein wirkliches Gewaltverhältniß behandelt zu werden, indem die Confarreation ihren Manuseffect verliert und die Coemtion dem freien Eheschluß (mit bloßem Dotalinstrument) immer mehr weicht, allein noch immer pulsirt in der römischen Ehe der späteren Zeit die Idee der ehemännlichen Suprematie: das Weib soll Glied, der Mann Haupt der Familie seyn; das Weib hat kein Recht am ehemännlichen Vermögen, die Mitgift geht in das alleinige Vermögensrecht des Ehemanns über, und das Recht der Frau an der Mitgift schlummert während der Ehe, ja die Mitgift bleibt auch nach der Beendigung der Ehe in des Mannes Vermögen, in spätrer Zeit zwar nicht mehr schlechterdings, aber doch noch unter Umständen.

2) Warum ist die Ehe nicht vor, sondern erst nach der väterlichen Gewalt dargestellt? Das ist ungewöhnlich und scheint auch unnatürlich zu seyn, weil die Ehe die Wurzel des menschlichen Geschlechts und das Weib die Voraussetzung des Kindes ist. Vom natürlichen Standpunkt aus ist das richtig, aber der natürliche Standpunkt trifft nicht immer mit dem juristischen zusammen. Dem Römer erschien die natürliche Zeugung nur als eine der Begründungsarten der Vatersgewalt, daneben kannten sie schon frühzeitig auch die Adoption, die eine künstliche Zeugung (ohne Ehe) war; auch kam in Betracht, daß der (in der Ehe) gezeugte Sohn nur insofern und so lange in Vatersgewalt stand, als der Erzeuger wollte, denn dieser konnte ihn willkürlich emancipiren. Also nicht die natürliche Zeugung als solche, nicht die Ehe als solche bildete den letzten Rechtsgrund der Vatersgewalt, sondern der freie Wille des *paterfamilias*. Und wie die Vatersgewalt auf dem freien Privatwillen beruhte, so auch die eheliche Verbindung. Das ist die eigentliche römische Anschauung, und von da aus ist es leicht begreiflich, wie das *matrimonii vinculum* als ein Abbild der *patria potestas* aufgefaßt werden konnte.

Die militärische Subordination galt allerdings den Römern als das Erste und Wichtigste, wie uns noch aus dem schwertartig schneidenden Ausspruch des Juristen Paulus entgegentritt: *Disciplina castrorum antiquior fuit parentibus Romanis, quam caritas liberorum*[2]. Aber unbedingt blieb im bürgerlichen Gemeinschaftswesen immer die *patria potestas* als wesentliche Grundlage geachtet, sie bildete den eigentlichen Prototyp für alle hausgenossenschaftlichen Verhältnisse, und es ist ein ächt römischer Zug, daß selbst das *matrimonium* sich nach dem Typus der *patria potestas* formiren mußte, daß nicht die ehemännliche, sondern die väterliche Gewalt als das Urbild galt, und die Gattin *loco filiae* stand. Ohne die *potestas* ist die *manus* unverständlich, die *manus* ist nichts weiter als eine Spielart oder ein Abbild der *potestas*; vom Urbild aber muß vor dem Abbild gehandelt werden. Darum hat die *potestas* den systematischen Vorrang vor der *manus* und Ehe im national-

1) *fr. 4 de curator. furioso dand.* (27, 10). — 2) *fr. 19. § 7. de captiv.* (49, 15).

römischen Recht; wir tragen nachclassische, christliche, heutige Ideen in das antike Recht hinein, wenn wir von der Ehe vor der Vatersgewalt handeln.

Selbst für das rechte Verständniß der Dos ist die Voranschickung der *patria potestas* mit dem dazu gehörigen *peculium* dienlich, denn die Dos ist gewissermaaßen ein fortgeschrittenes und gleichsam emancipirtes Peculium[1], ja fast wie ein Seitenstück des *peculium castrense:* wobei wir zwar nicht die Ehe mit einem Kriegszustand vergleichen wollen, aber doch bemerken, daß die Ehe den späteren Römern in der That als eine Arena des Kampfes der Interessen zwischen Mann und Frau erschien, und daß die Eheschließung und Kinderzeugung als so schwer für den Einzelnen und so wichtig für den Staat galt, wie das Soldatenleben und der Kriegsmuth.

## LXXXVI. Kapitel.

### Eingehung und Auflösung der Ehe.

(Zu § 769—778.)

### I.

### *Confarreatio* und *coëmtio.*

Zu § 771] Zwei Eheschließungstypen reichen in die älteste Zeit zurück; es sind zwei Formen, in denen zwei grundsätzlich verschiedene Ideen zum Ausdruck kommen. Die *confarreatio* war und blieb die patricische Form[2]; wir können demnach die *coëmtio* als die vorzugsweise plebejische Form uns vorstellen. Daß in dem Dualismus zugleich ein Gegensatz liegt, muß schon darum angenommen werden, weil er so alt ist, denn in Zeiten naiver Einfachheit gelangt man zu Unterscheidungen nur durch den Zwang des Gegensatzes. Es ist aber auch deutlich, worin der Gegensatz hier besteht; er ist weniger ein ethnischer (Sabiner, patriarchal-conservatives Bergvolk — Latiner, industriell-progressives Volk der Ebene!), als ein socialer Gegensatz. Die *confarreatio* weist uns auf den Ackerbau und Speltgenuß hin: darin spiegelt sich die Zeit vorwiegender Landwirthschaft; im Gegensatz dazu ruht die *coëmtio* auf der Voraussetzung des Geldes, dieses Symptoms und Symbols des mobilisirten bürgerlichen Verkehrslebens. Sodann: die *confarreatio* ist ein wesentlich sacraler Ritus, sie gehört dem Umkreise des *fas* an; die *coëmtio* ist profaner Akt, mag auch in der Volkssitte sich eine sacrale Cärimonie noch hinzugesellt haben. Dort also sehen wir *fas,* hier *jus* — dort den Landmann, hier den Städter — dort den Patricier, hier den Plebejer; dort ist es ein Opfer, d. h. ein Handeln mit den Pontifices Angesichts der Gottheit, hier ist es ein Rechtsgeschäft mit dem andern Theil (mit der Braut, bez. ihrem Gewalthaber).

An diesen das Eheband begründenden Akt schließt sich dann ein ganzes Drama von Volksgebräuchen. Roßbach unterscheidet folgende Bestandtheile[3]: „Die Hochzeitsfeier zerfällt nach ihrem äußeren Verlauf in 3 Abschnitte: 1) die Gebräuche, welche in dem väterlichen Hause der Braut vorgenommen werden; 2) der Hochzeitszug, oder wie wir ihn nennen können der cerealische Aufzug, in welchem die Heimführung besteht; 3) die Ankunft

1) s. oben (Excurse) S. 367. — 2) s. Rossbach Unters. üb. d. röm. Ehe, S. 96.
3) Rossbach *l. c.* S. 263.

der Braut an und in dem Hause ihres Mannes. Diese äußeren Abschnitte stehen unbezweifelt und unverrückbar fest, aber welche einzelnen Gebräuche ihnen unterzuordnen sind, darin hat bisher große Unsicherheit geherrscht ... In dem väterlichen Hause der Braut (?) werden die Auspicien eingeholt, wird das Opfer dargebracht[1], dem die *dexterarum junctio* vorausgeht, und an welches sich als ein integrirendes Moment noch manche andere religiöse Cärimonie, sowie wenigstens in älterer Zeit auch das Mahl, anschließt. Der *camillus* ist der Knabe, welcher bei dem Opfer dient. Den Wendepunkt bildet der Raub. Die Braut wird am Abend aus dem Schoße der Mutter weggenommen und von zwei Knaben an den Armen fortgeführt, voraus geht der Knabe mit der Hochzeitsfackel, hinter ihr wird Rocken und Spindel getragen, und folgen Verwandte und Freunde, nebenher schwärmt die Volksmenge. Unter dem Schall der Flöten, dem Gesang der Fescenninen (Phallos-Lieder) und dem Ruf *Talasse* bewegt sich der Zug, welcher von Fackeln beleuchtet ist, nach dem Hause des Bräutigams. — Vor dem Hause spricht die Braut die Formel: *Ubi tu Gaius*, *ibi ego Gaia,* bestreicht die Thüre mit Fett und schmückt sie mit Wollenbinden, dann wird sie über die Schwelle gehoben und mit Feuer und Wasser in die Gemeinschaft des Hauses aufgenommen. Am Tag nach der Hochzeit bringt die Braut als Hausfrau das erste Opfer den häuslichen Laren dar“.

Den Schwerpunkt des ersten Aktes im Vaterhause der Braut bildet offenbar die Feierlichkeit der eigentlichen Eheschließung: der Ritus der Confarreation oder der Coemtion; bei jener stand wohl dem Brautvater, bei dieser dem Bräutigam die Initiative zu. Vor Göttern und Menschen ist damit der Bund geschlossen. Nun aber muß der ideale Bund auch realisirt und äußerlich erfüllt, die Idee verkörpert werden. Dies geschieht in zwei Stadien: durch Abholung und Einführung. Das erste dieser Stadien ist ein symbolischer Gewaltakt, bei welchem die Frau wie ein Objekt erscheint. Das Naturband, welches sie an ihre Mutter, an ihre Familie kettet, muß zerrissen werden, die Zerreißung eine That des Mannes seyn. Vor der Schwelle beginnt das zweite Stadium: hier ist das Widerstreben gebrochen, die Trennung entschieden; das freie Weib redet und handelt nun selbst, mit alter Formel sich zur Gattin bekennend, und nun erfolgt das bedeutsame *aqua et igni accipi.* Alles zusammen bildet die *domum deductio* oder *nuptiarum celebratio*[2].

Von besonderem Interesse ist aus diesem dramatischen Apparate der Spruch der vor der Schwelle befindlichen jungen Frau: *Ubi tu Gaius, ibi ego Gaia!* Diese Worte dürfen nicht, wie Huschke[3] und Hase[4] wollen, „in die Mancipationsformel hineingezogen werden; Valer. Max. (*lib. X. i. fin.*) sagt ausdrücklich, dieselben seien *ante januam mariti* ausgesprochen, d. h. wenn die Braut vor dem Hause ihres Bräutigams angekommen war, ehe sie die Schwelle überschritt, also bei der *deductio domum mariti.* Dahin wird wohl Niemand die Mancipation verlegen wollen. Ferner aber sind jene Worte überhaupt nicht auf die Coemtio beschränkt, sondern waren bei jeder Heimführung gebräuchlich, ja wir sind nicht einmal berechtigt, sie von der freien Ehe auszuschließen“[5]. „Unrichtig hat diese Scene Becker[6] in das Haus selbst hineinverlegt, wogegen die ausdrückliche Angabe des Valerius Maxi-

1) Vergl. übrigens Karlowa die Formen der röm. Ehe (1868) S. 12 ff.
2) *Scaev. fr* 66. § 1. *de don. i. V. et U.* (24, 1).
3) Studien S. 186. 199. — 4) *Diss. de manu, p.* 49.
5) Rossbach *l. c.* S. 71. Anm. 252. — 6) Gallus II. S. 19.

mus: *ante januam mariti*, spricht. Ferner nimmt er ohne allen Grund an, der Bräutigam habe seinerseits die Anrede der Braut mit einer angemessenen ebenfalls symbolischen Formel beantwortet. Das Verhältniß war das umgekehrte, der Bräutigam richtete die Frage an die Braut, diese antwortete. Erst dann erfolgte das Bestreichen der Thüre mit Fett, welches *in limine* selbst geschah" [1].

Was aber sollen die Worte *Gaius* und *Gaia* hier bedeuten? Offenbar die intime Zusammengehörigkeit und Einheit beider Gatten. Wie aber kamen diese Worte dazu, typisch das Gattenverhältniß auszudrücken? Griechischen Lexicographen zufolge soll Γαῖος (= *Gavius* vom Stamme *gav* = Stier, Kuh) den Ackerstier bezeichnet haben; man hat danach jene Formel übersetzt: wo du Ackerstier bist, da bin ich Ackerkuh! man hat darin einen Zusammenhang mit dem agrarischen Leben und Cultus gesehen [2] und „damit die Nachricht des Servius [3] und Isidor [4] in Verbindung gebracht, wonach den Neuvermählten wie einem Rinderpaare ein Joch aufgelegt worden wäre. Schon Brissonius aber hat die Grundlosigkeit dieser Nachrichten eingesehen. Offenbar ist Servius durch die Etymologie des Wortes *conjux* und *Juno Jugalis* auf die Fiction einer solchen Sitte geleitet worden" [5]. „Allerdings steht der Ableitung von *Gaius* und *Gaia* aus dem Stamm *gav* nichts entgegen, aber das Wort erscheint hier nicht als Substantivstamm . . . und wir müssen uns hüten, das Substantiv mit dem abgeleiteten Adjectiv zu verwechseln und den griechischen Sprachgebrauch ohne Weiteres von dem römischen gelten zu lassen. *Gavius*, *Gavia* bezeichnen die Personen, welche zu dem Stier in Beziehung stehen, nicht den Stier und die Kuh selbst. Die Wörter können nichts anderes heißen, als Stier- oder Heerdenbesitzer, Heerdenbesitzerin. Stier und Kuh sind hier als die vornehmsten Thiere der Heerde für Heerde überhaupt gesetzt, in Heerden bestand vorzüglich der Reichthum der Urzeit, und daher kann *Gaius* den Hausherrn, *Gaia* die Hausfrau bezeichnen. Dies stimmt völlig mit der Deutung des Plutarch [6] überein: ὅπου σὺ κύριος καὶ οἰκοδεσπότης, καὶ ἐγὼ κυρία καὶ οἰκοδέσποινα. Hiermit stimmt ferner überein, daß die Formel eine locale Beziehung hat, ὅπου bezieht sich auf das Haus, in welches die Braut einzutreten im Begriff ist: Hier in diesem Hause, wo Du der Hausherr bist, da will ich als Hausfrau walten! Und damit erklärt sich zugleich, warum die Worte vor der Thür des Hauses gesprochen werden. Daß jene Formel sich so lange erhalten hat, kann nicht befremden, nicht mehr, als wenn das Haar der Braut immer noch mit der *hasta caelibaris* gescheitelt wird" [7].

Abweichend nimmt Mommsen [8] an, die Braut hätte, indem sie sich entschloß, in die Manus des Gatten zu treten, vorerst ihren Uebertritt in die *gens* desselben erklären müssen, sie hätte dann den Gentilnamen ihres Mannes angenommen und diesen Namenwechsel eben mit jener Formel: *Ubi tu Gaius etc.* ausgedrückt, denn *Gavius*, *Gaius* sei vor Alters in Italien ein gewöhnlicher Gentilname gewesen. Dem letztern Theil dieser Hypothese stimmt Karlowa [9] bei. Mir scheint es bedenklich, dem Namen *Gaius* die Function einer Vertretung der Gentilnamen beizulegen, und eine solche abstrakte Function am wenigsten in die älteste Zeit zu passen. Für diese

1) Rossbach *l. c.* S. 352.
2) s. Creuzer Mythologie III. (3. Ausg.) S. 711; Hugo Röm. Rechtsgesch. I. S. 130.
3) *ad Aeneid*. 4, 16. — 4) *Orig*. 9, 8. — 5) Rossbach *l. c.* S. 354.
6) *Quaest. Rom*. 30. — 7) Rossbach *l. c.* S. 355.
8) Röm. Forschungen S. 11 ff. — 9) *l. c.* S. 27.

möchte keine Erklärung annehmbarer seyn, als die von **Roßbach** gegebene: Wo und wie Du Heerdenbesitzer, Hauswirth, Hausherr bist, bin ich Besitzerin, Wirthin, Herrin[1]. Mag seyn, daß späterhin, als die Erinnerung an die nomadische Vorzeit verloren gegangen, die agrarische Seßhaftigkeit allgemein, und das Wort *Gaius* zum persönlichen Vornamen geworden war, die Formel anstatt des Sinns häuslicher Gleichstellung den Sinn persönlicher Intimität bekam und dies bedeutete: ich will ganz wie Du, Dein *Alter ego,* Dein Schatten seyn und ganz in Dir aufgehen. Auch dieser Sinn ist abstracter Art und daher gewiß nicht der ursprüngliche. —

Der eigentliche **Confarreationsakt** bestand in einem Opfer, welches vielleicht vom fungirenden Pontifex Maximus unter Betheiligung der auf dem Vließ des geopferten Schafs sitzenden und ihren Eheconsens erklärenden Verlobten dargebracht wurde[2]. Das Setzen auf dieses Vließ sollte der Ehe den Segen der angerufenen Gottheit zuwenden und sichern, das gemeinsame Sitzen auf demselben Vließ die heilige Lebensgemeinschaft und Unzertrennlichkeit des Paars ausdrücken. Ueber die von Gaius und Ulpian erwähnten *certa et solennia verba,* in welchen der Eheconsens gegenseitig erklärt ward, wissen wir nichts genaueres[3].

Der eigentliche **Coemtionsakt** bestand in dem Mancipationsritus, welchem wohl die gegenseitige Erklärung des Eheconsenses vorherging. Boëthius (*Top. 3*) gibt den Wortlaut dieser Erklärung an: *Vir (interrogabat) ita: an mulier sibi materfamilias esse vellet; illa respondebat: velle. Item mulier interrogabat: an vir sibi paterfamilias esse vellet; ille respondebat: velle.* „Diese Fragen und Antworten darf man nicht zu einem Bestandtheil der Coemtionsformel selbst machen. Wechselrede paßt schon an sich nicht in den Rahmen der Mancipation hinein. Durch ihren Inhalt geben jene Fragen und Antworten schon zu erkennen, daß sie eine Vorbereitung der Coemtionshandlung enthalten. Diese selbst besteht in einer einseitigen Behauptung des Mannes, daß ihm das Recht zustehe. Durchaus zu verwerfen ist die Meinung **Roßbach's**[4], daß die Wechselworte erst nach der Mancipation gesprochen seien. Die Frau erklärt auf die Frage des Mannes, daß sie seine *materfamilias* seyn wolle. Nach erfolgter Mancipation ist sie es aber, und jene Fragen und Antworten hätten keinen Sinn mehr[5]. Den Coemtionsakt selbst anlangend, so ist zu bemerken, daß *coëmtionem facere* hauptsächlich von der Frau gesagt wurde, und wie es scheint, vom Manne: *coëmere;* Isidor[6] erklärt das *coëmere* als *se invicem emere, ne videretur ancilla uxor.* Darin liegt angedeutet, daß bei der Coemtion die Frau nicht schlechthin als Objekt der Mancipation, sondern als Mitwirkende gedacht wurde. Ob sie aber principaliter, d. h. als andere Mancipationspartei, die das *rauduscutum* entgegennahm, oder nur accessorisch neben dem Gewalthaber (Vater, Vormund) mitwirkte, ist bestritten[7]. Die Mancipationsformel, welche vom *coemtionator* gesprochen wurde, ist von **Huschke**[8] so reconstruirt worden: *Te ego ex jure Quiritium matremfamilias meam esse ajo, estoque mihi emta hoc aere aëneaque libra;* wogegen **Karlowa**[9] wohl mit Recht bemerkt, der Ausspruch des Mannes

---

1) Zufolge H. **Nissen** d. Templum (1869) S. 133 ff. ist *Italus*, der Heros Eponymos des Landes, der vergötterte Stier, dessen Bild (ein schreitender Stier mit Menschenantlitz) altitalische und sicilische Münzen tragen; seine Gemahlin ist die siegverleihende *Vitula* oder *Vitellia*. Italien ist das Land des Stiers, d. h. des Ackerbaus und der Städtegründung. Vergl. auch *fr.* 1. *rer. am.* (25, 2).
2) **Karlowa** *l. c.* S. 13. 25. — 3) Ders. S. 26. — 4) S. 71 ff.
5) **Karlowa** *l. c.* S. 52. — 6) *Orig.* 5, 24. — 7) **Karlowa** S. 53–57.
8) Studien S. 200. — 8) *l. c.* S. 51.

habe geradezu auf die Behauptung der Gewalt, des Rechts, welches er erwarb, nicht aber auf die rechtliche Lage, in welche die Frau durch den Akt gerieth, gerichtet seyn müssen. Mit Rücksicht hierauf, sowie auf die häufige Verbindung der Worte *in mariti manu mancipioque* bei Gellius[1], Servius[2] und Nonius Marcellus[3], worin „die juristisch genaueste, formelhafte Bezeichnung des Rechtsverhältnisses" zu vermuthen sei, nimmt Karlowa[4] folgenden Wortlaut an: *Te ego ex jure Quiritium in manu mancipioque meo esse ajo, estoque mihi emta hoc aere aëneaque libra!*

## II.

### Verwandtschaftliche Schranken der Eheeingehung.

Zu § 774] Ehe und Blutseinheit sind die zwei großen Bänder, welche, jedes in seiner Weise, die Gemeinschaft des Menschengeschlechts herstellen. Der römische Geist, aller Mengerei abhold, hat auch hier scharf auseinandergehalten und mit ehrfürchtiger Sorgfalt über den vor Alters aufgerichteten Schranken gewacht.

Roßbach[5] führt aus: „Die Verwandtschaftsgrade, innerhalb welcher nicht allein die legitime Ehe, sondern jede geschlechtliche Gemeinschaft untersagt war, waren bei den Römern weiter ausgedehnt, als bei den meisten übrigen Völkern des Alterthums. Dies war schon den Griechen auffallend; Plutarch[6] stellt das Problem auf, warum die Römer ihre Verwandten nicht heirathen. Wir können den Erklärungen, die er gegeben hat, nicht beistimmen und müssen daher die Gründe selbständig aufzufinden versuchen. Da die Uebertretung jener Eheverbote in enger Beziehung mit dem Pontificalrechte steht, so könnte man glauben, hier Resultate priesterlicher Weisheit vorliegen zu sehen. Allein das Pontificalrecht selber war nicht das Ergebniß individuellen Geistes und gesetzgeberischen Willens, sondern die zum Gesetz gewordene Sitte, ein aus der Erfahrung von Jahrhunderten gesammelter, von den Vätern ererbter Schatz heiliger Normen. Die Priester waren nur Wächter und Ausleger des Gesetzes, welche die Uebertretungen zu sühnen hatten. Jene Eheverbote sind vielmehr durch natürlichen Instinct aus der alten Strenge und Ehrwürdigkeit der Familienverfassung hervorgegangen. Das Gefühl der Verwandtschaft war bei den Römern auch in ferneren Graden stärker und lebendiger, als bei anderen Völkern, weil die Familie durch die strengen Bande der *patria potestas* und des Einen Willens, welcher in der Person des Hausherrn repräsentirt war, zu einem festen, seines gemeinsamen Ursprungs bewußten Ganzen zusammengehalten wurde. Der Sohn blieb unter der *potestas* seines Vaters bis zu dessen Tode, und keine hohe Stellung im Staate konnte ihn davon lösen; seine Kinder fielen zunächst nicht in seine Gewalt, sondern in die seines Vaters; Enkel und Enkelin verehrten ihren Großvater wie ihren leiblichen Vater, standen unter seinem Schutz und Schirm, unter seiner Herrschaft. Mit der Verheirathung trennte sich der Sohn, wenigstens in der alten Zeit, nicht von dem Hause seines Vaters; unter Einem Dache, an Einem Herde, unter dem Schutze derselben Hausgötter lebte er mit ihm. Die Geschwisterkinder wuchsen in demselben Hause auf, und da sie alle unter der Gewalt ihres Großvaters standen, mußten sie sich

1) 4, 3; 18, 6. — 2) *ad Aen.* 11, 476. — 3) *de diff. verb.* 4, 422.
4) *l. c.* S. 51. — 5) Untersuch. üb. d. Röm. Ehe, S. 420—435.
6) *Quaest. Rom.* 108.

als Geschwister einander nahe fühlen. So löste sich das Individuum erst spät von dem Stamme ab, dem es entsprossen war, und blieb auch dann noch in der natürlichen Verbindung mit ihm, als es schon begonnen hatte, seinem eignen Willen zu folgen. Die Römer verabscheuen die Ehe der Eltern mit den Kindern und der Geschwister unter einander, an Stelle der Eltern und Kinder aber stehen alle Blutsverwandte bis zum 4. Grade der Seitenlinie[1]. Daher sagt Paulus, sogar die Ehe mit der Urenkelin der Schwester sei untersagt, *quoniam parentis loco ei sum*[2]. — Bei den Griechen herrschte, wenigstens in der uns bekannten Zeit, nicht jene strenge väterliche Gewalt, die Geschlechter zerfielen schneller in getrennte Familien mit selbständigem Willen, und die verwandten Individuen wurden leichter einander fremd. Deshalb finden hier nicht die Eheverbote wegen Verwandtschaft in der Ausdehnung statt, wie bei den Römern[3].

„Man würde aber irren, wollte man glauben, die Römer hätten gern außerhalb der weiteren Verwandtschaft geheirathet. Wie man einerseits die Ehe mit den nächsten Verwandten mied, so suchte man sie anderseits mit den entfernteren. Von dem ganzen höheren Alterthum gilt, was Augustin[4] sagt: *Fuit autem antiquis patribus religiosae curae, ne ipsa propinquitas se paullatim propaginum ordinibus dirimens longius abiret et propinquitas esse desisteret, eam nondum longe positam rursus matrimonii vinculo colligare et quodammodo revocare fugientem.* Die große Wichtigkeit der Verwandtschaft mußte dazu auffordern, daß man sie durch immer neue Verbindungen immer fester zu schließen suchte. Wie in der Urzeit die Gemeinden sich auf sich selbst beschränkten, wie das Conubium Jahrhunderte lang in den engeren Grenzen des Standes eingeschlossen blieb, so zog man sogar diesen Kreis noch enger, man suchte die Ehen mit denen, welche dieselben Ahnen, dieselben *Sacra* und denselben Namen hatten". —

Aus den Fällen der nähern Seitenverwandtschaft „wurde ein einziger, nämlich die Ehe mit des Bruders Tochter durch ein *Sctum* i. J. 49 erlaubt, als der Kaiser Claudius die Agrippina, die Tochter seines Bruders Germanicus, Wittwe des Domitius Ahenobarbus, heirathen wollte[5]. Bis dahin galt eine solche Ehe als Incest[6] und war noch nicht vorgekommen. Die Erzählungen der Schriftsteller und die das Factum begleitenden Umstände beweisen, daß es sich hier nicht um Abschaffung eines aus dem Bewußtseyn entschwundenen Gesetzes handelte, sondern um die Sanction unerlaubter Lust des Machthabers. Das sittliche Gefühl selbst einer so herabgekommenen Zeit war tief verletzt[7], und man scheute sich vor den Consequenzen, die das ganze System der römischen Eheverbote untergraben hätten. Vielmehr blieb die Ehe mit dem *avunculus*, mit der *amita* und *matertera* zu allen Zeiten verboten und wurde als Incest bestraft[8]. Dagegen verstand es sich mit der Erlaubniß der Ehe zwischen Oheim und Bruderstochter von selbst, daß auch die Ehe zwischen Großoheim und Bruders Enkelin gestattet wurde, denn es galt der Grundsatz: *cujus filiam uxorem ducere non licet, neque ejus neptem permittitur*[9], woraus von selbst die positive Bestimmung folgt: *cujus filiam uxorem ducere licet, ejus neptem permittitur.* Ebenso mußte theoretisch

1) Auf denselben Kreis nächster Verwandten erstreckte sich der Begriff des *paricidium*: *fr.* 1. *de par.* (48, 9).
2) *fr.* 39. *de ritu nupt.* (23, 2).
3) s. Lassaulx Zur Gesch. u. Philos. d. Ehe bei den Griechen. S. 66.
4) *de civitate Dei* 15, 16. — 5) *Tac. Ann.* 12, 5—7. — 6) *Suet. Claud.* 26.
7) *Senec. Oct.* 141. 260. — 8) *Gai.* 1, 62; *Ulp.* 5, 6. — 9) § 3. *J. de nupt.* (1, 10).

auch die Ehe mit der Großenkelin des Bruders erlaubt seyn, wenn ein solcher Fall hätte vorkommen können. Das *Sctum Claudianum* bestand fast 300 Jahre lang, erst 342 wurde es durch Constantius und Constans aufgehoben[1]. Unrichtig ist die Annahme, daß dies schon durch Nerva oder Diocletian geschehen sei. Das Verbot des Constantius und Constans wurde später noch einmal eingeschärft durch Zeno und Anastasius und so auch in die Sammlung Justinian's aufgenommen[2]. Hiermit war consequentermaaßen auch die Ehe zwischen Großoheim und Bruders Enkelin wieder untersagt[3].

„Das Eheverbot zwischen Geschwisterkindern wurde zur Zeit der Republik aufgehoben. Historisch nachweisbar sind Consobrinenehen seit dem 2. punischen Kriege; in dieser Zeit werden sie als ganz ehrbar angesehen[4]. Die ganze Zeit der vorchristlichen Kaiser hindurch waren sie üblich[5]. Jedoch waren sie nicht häufig, wie *Augustin*[6] bemerkt. Unter den christlichen Kaisern dagegen wurden sie bald verboten. Ein Gesetz darüber (mit Strafe des Feuertodes) erließ Theodos. M.[7]. Justinian stellte das Verhältniß, wie es vor Theodosius war, wieder her[8].

„Ob sich die Eheverbote der älteren Zeit noch auf weitere Grade der Seitenverwandtschaft erstreckten? Klenze[9] bejaht, und seiner Ansicht sind Andere beigetreten. Er meint, ursprünglich seien auch die Ehen unter Sobrinen, d. h. unter den Großkindern der Geschwister, verboten gewesen. Wir glauben, mit Unrecht". —

Ueber die Ehehindernisse aus Affinität und Adoptivverwandtschaft vergl. Roßbach S. 435—444.

III.

Die Form der Ehescheidung.

Zu § 777] Die *lex Julia de adulteriis* August's schrieb für willkürliche Ehescheidung eine bestimmte Formalität vor: *lex Julia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet*[10], nämlich die Zuziehung von 7 Solennitätszeugen[11]. Wenn es in der letztern Stelle von Paulus heißt: *septem civibus adhibitis, praeter libertum ejus, qui divortium faciet,* so sollte damit nicht, wie gewöhnlich angenommen wird, gesagt werden, daß außer jenen Zeugen noch ein Freigelassener zugezogen werden solle, sondern: daß Freigelassene dabei nicht als Zeugen mitgerechnet werden sollten[12]. „Im Allgemeinen schloß sich, wie es scheint, die *lex Julia,* indem sie als Form die Zuziehung von 7 Zeugen wählte, an das Vorbild der Testamentsform des prätorischen Edikts an[13]. Während aber bei Testamenten kein Grund vorlag, Freigelassene des Testators vom Zeugniß auszuschließen, schien es hier, wo es gerade darauf ankam, einen Angeklagten an der Beweisung einer in Wirklichkeit gar nicht von ihm vorgenommenen Scheidung zu hindern, angemessen, diese bestimmte Classe von Menschen, die ein für alle Mal wegen ihrer Abhängigkeit von ihm verdächtig waren, für des Solennitätszeugnisses unfähig

1) *l. 1. C. Th.* 3, 12. — 2) *c. 2. si nuptiae* (5, 8); *c. 9. de inc. nupt.* (5, 5).
3) § 3. *J. de nupt.* (1, 10). — 4) *Liv.* 42, 34; *Cic. pr. Cluent.* 5; *Plut. Brut.* 13.
5) *fr. 28. de condit. instit.* (28, 7); *fr. 24. de concub.* (25, 7).
6) *de civ. Dei* 15, 16. — 7) *Ambros. Epist.* 6, 48. — 8) § 4. *J. de nupt.* (1, 10).
9) Ueb. Cognaten und Affinen S. 17—24. — 10) *Ulp.* 38, 11. — 11) *fr. 9. de divort.* (24, 2).
12) *cf. Basil.* 28, 7, 15. Ebenso steht *praeter in fr. 37. pr. de op. lib.* (38, 1): *lex Julia et Papia.* Dazu Cujacius *Observ.* 8, 26 u. Leist d. röm. Patronatrecht I (1879) S. 550.
13) Die durch die *lex Julia* vorgeschriebene Form verhält sich zu der Form der *remancipatio*, durch welche unter Zuziehung eines Fiduciars, *libripens* und von 5 Zeugen bei Trennung einer strengen Ehe die Manus aufgehoben wurde, in Beziehung auf die mitwirkenden Personen, wie die prätorische Testamentsform zu der Form des civilen *testamentum per aes et libram*.

zu erklären, damit sie eben auch nicht fälschlich als Beweiszeugen vor Gericht beschwören könnten, als Solennitätszeugen fungirt zu haben“[1].

Gewöhnlich wird angenommen, später, entweder schon vor Diocletian, oder durch ihn, sei an die Stelle der Form der *lex Julia* die Zusendung eines *libellus repudii* oder Scheidebriefs gesetzt worden. Allein Schlesinger[2] hat gezeigt, daß durch *c. 6.* u. *8. pr. de repud.* (*5, 17*) jene Annahme nicht zu rechtfertigen, und die Behauptung von dem späteren Erforderniß eines Scheidebriefs ebenso unerwiesen sei, wie diejenige von der Abschaffung jener Formvorschrift der *lex Julia.* „Für das Justinianische Recht hätte vollends ihre Geltung ganz zweifellos seyn müssen, da eben das *fr. 9. de divort.* als Bestandtheil der Justinianischen Gesetzgebung so unzweideutig wie möglich redet. Also Zuziehung von sieben Solennitätszeugen, das ist die Form der Ehescheidung für das Recht der ganzen Zeit von Augustus bis auf Justinianus“.

Die bei einer Ehescheidung üblichen Worte anlangend, so ergibt sich aus Gaius in *fr. 2. § 1. de divort.* (*24, 2*): *In repudiis, i. e. renunciatione, comprobata sunt haec verba: Tuas res tibi habeto! item haec: Tua res tibi agito!* So lesen fast alle Handschriften, und die vereinzelte Lesart: *Tua res tibi, abeo — Tua res tibi, ago!*[3] entspricht schwerlich dem an imperativische Formeln gewöhnten und elliptischen Dunkelheiten abholden Sinn der Römer[4].

## LXXXVII. Kapitel.

### Dos (Mitgift).

(Zu § 779—791.)

### Das römische Dotalsystem.

Zu § 786] Da der wirthschaftliche Zweck der Dos auf beide Theile des Ehepaars geht, so kann die Rechtsformel des eheweiblichen Einbringens offenbar keine ganz einfache seyn. Die Frage entsteht, welcher Art die Combination sei. Daß das Einbringen dem Ehemanne schlechthin verfalle, oder daß es schlechthin im Vermögen der Ehefrau verbleibe, und die Art der Verwendung dem Belieben des Einen oder Anderen ganz überlassen werde, würde nicht Lösung, sondern Durchschneidung des Knotens seyn: jenes würde unbillig, dieses würde unpraktisch seyn, denn wenn das Einbringen absolut mit ehemännlichem Vermögen verschwömme, so wäre die Frau dem Egoismus des Mannes preisgegeben, und wenn die Frau freie Herrin des Einbringens bliebe, würde die Einheit und Raschheit des Verwaltungswillens fehlen, die auch in privaten Vermögensverhältnissen oft gar nöthig ist.

Es wären nun folgende Gestaltungen des fraglichen Verhältnisses an sich denkbar: 1) die Frau (bez. ihr Gewalthaber) bliebe Eigenthümerin des Einbringens, und der Mann erhielte nur ein Forderungsrecht auf die Früchte gegen die Eigenthümerin; 2) oder der Ehemann erwürbe das Miteigenthum am Einbringen, so daß er und die Frau (bez. ihr Gewalthaber) zu Intellectualtheilen berechtigt wären; 3) oder das Einbringen verbliebe zwar im Ver-

1) Schlesinger Ueb. d. Form d. Ehescheidung bei den Römern, i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. V. (1866) S. 202.
2) *l. c.* S. 203—5.
3) Vergl. Wächter Ueb. Ehescheidungen bei den Römern (1822) S. 111.
4) s. Schlesinger *l. c.* S. 194.

mögen der Frau, (bez. ihres Gewalthabers), aber der Ehemann erhielte an demselben das Recht des Nießbrauchs (*usus fructus maritalis*); 4) oder das Einbringen käme in das Vermögen des Ehemanns, aber so daß es da rechtlich geschieden bleibt vom ehemännlichen Privatvermögen, um es der Frau, welche die Ehe überiebt, zu wahren und an sie zurückkehren zu lassen. Von diesen vier Möglichkeiten ist offenbar der letzte Fall der praktisch einfachste, denn in ihm ist die Verwaltung ohne Weiteres in Eine Hand vereinigt und des Verwalters Handeln am wenigsten gehemmt. Wir könnten es das System der Centralisation nennen. Es entspricht dem energischen Sinne der Römer ganz besonders, aber es war überdies ein natürliches Ergebniß der geschichtlichen Entwickelung des röm. Rechts.

Die Einsetzung des Ehemanns in das Eigenthum des eheweiblichen Einbringens ist nämlich im Grunde die historische Consequenz aus der Sitte der Manusehe, und der alte Dotalsatz: *dotis causa perpetua est*[1] gleichsam nur die abgeschwächte Manus selbst: denn wie bei der Manusehe, erhielt in alter Zeit der Ehemann ohne Manus alles Vermögen der Frau[2], nur mit Ausnahme dessen, was von derselben bei Eingehung der Ehe reservirt oder erst nach Eingehung der Ehe erworben wurde, und diese Ausnahmen mögen immer nur eine sehr unbedeutende Rolle gespielt haben. Das Rechtsbewußtseyn, von der Manus ausgehend, würde einen Sprung gemacht haben, wenn es dem Ehemann Wenigeres, als das Eigenthum (am Einbringen), zugesprochen, wenn es ihn etwa nur zum Nutznießer erklärt hätte. Sprünge zu machen lag aber nicht in der römischen Art, und es blieb auch später, als immer mehr das Interesse der Frau in den Vordergrund trat, dabei, daß der Ehemann als Eigenthümer galt. Auf diesem Standpunkt hat sich das römische Recht erhalten, so lange es nicht fremden Einflüssen erlag. Das Princip des römischen Dotalrechts liegt demnach in dem Rechtssatze, daß der Ehemann Eigenthümer und Herr der Dos ist, so lange die Ehe währt, und selbst nach Auflösung der Ehe wirkt diese Präponderanz des Ehemanns in einigen Momenten nach[3].

Erst in der nachclassischen Zeit werden wir einen stillen Zug nach dem System des *usus fructus maritalis* hin gewahr. Wie das meistens bei solchen späteren Umgestaltungen der Fall war, so wurde auch hier der erste Keim bereits durch Augustus gelegt. Dieser Keim ist die *lex Julia,* welche die Veräußerungsbefugniß des Ehemanns betreffs des *fundus dotalis* an den eheweiblichen Consens knüpft. Das ist der erste Schritt der Ehefrau in den Vordergrund der Scene des ehelichen Güterrechts. Aber wie das ebenfalls bei den Umgestaltungen dieser Art der Fall war, vorzugsweise Justinian hat dann diesen Faden weiter gesponnen, — freilich auch nur weiter, nicht zu Ende gesponnen. In der vielbesprochenen *c. 30. de jure dot.* (*5, 12*) weist er zwar dem Ehemann noch das Eigenthum an den Dotalobjekten zu, indem er sagt: *transitus rerum dotalium in patrimonium mariti videtur fieri* und *ad mariti substantiam pervenisse intelliguntur;* und demgemäß konnten die Titel *de jure dotium, de pactis dotalibus, de fundo dotali* und *soluto matrimonio* in die Digesten (*23, 3—5; 24, 3*) aufgenommen werden. Allein Justinian bemerkt selbst dazu, daß diese Auffassung doch eigentlich auf eine *legum subtilitas* hinauslaufe und mit der *naturalis ratio* in Widerspruch stehe. „Als Justinian die kritischen Worte niederschreiben ließ, da stand er an der

---

1) s. Cursus § 780.
2) Vergl. *fr. Vatic.* § 115: *Omnia in dotem dari posse . . . argumento est in manum conventio.*
3) s. Bechmann Röm. Dotalrecht I. S. 181. 184.

Schwelle zu einer völligen Reform des Dotalsystems. Der Fundamentalsatz des classischen Rechts (?) hatte keinen Sinn mehr für ihn und seine Zeit, war zu einer *legum subtilitas* geworden; das System des *ususfructus maritalis* ist stillschweigend als das naturgemäße proclamirt. In einer Verordnung, nicht viel umfangreicher als die *const. un. Cod. de rei ux. actione,* hätte auf Grund dieses neuen Princips das System ausgeführt werden können, und für die Pandektentitel *de jure dotium* bis *soluto matrimonio* wäre dann kein Raum mehr gewesen. Diese Reform aber ist nicht vorgenommen worden, der Gesetzgeber hat sich mit allerlei Flick- und Stückwerk begnügt. Warum, wer möchte das zu entscheiden wagen?"[1] Auf deutschem Boden ist dann das System des *ususfructus maritalis* ausgebildet worden.

## LXXXVIII. Kapitel.

### IV. Manus fiduciaria und concubinatus.

(Zu § 792–795.)

#### I.

#### *Coëmtio sacrorum interimendorum causa.*

Zu § 792] Schon von Manutius[2] und Gutherius[3] war angenommen worden, daß die auf der *res familiaris* ruhenden *sacra familiae* durch die *coëmtio* untergingen; Karlowa[4] bestätigt diese Annahme und setzt in ihr ein, um die wahre Bedeutung der *coëmtio interimendorum sacrorum causa* festzustellen. Savigny[5] gang davon aus, daß durch *coëmtio* Uebergang der Familienopfer auf den *senex coëmtionator* bewirkt worden sei; allein die *coëmtio* enthielt eine *capitis diminutio* (*minima*)[6], wirkte mithin anders als der Tod[7], und nur für diesen Fall war der Satz aufgestellt: *sacra cum pecunia conjuncta sunt.* Nicht durch Remancipation und Manumission, welche immer nachträglich durch den *senex* vorgenommen worden wäre, sondern schon durch die *coëmtio* gingen die *sacra* unter; diese war dem formellen Erfolge nach Begründung einer wirklichen Ehe (mit *manus*), wenn sie auch unter der Hoffnung baldigen Ablebens des Alten zu Stande kam und also ethisch betrachtet durchaus nicht als Ehe gemeint war. Demgemäß gedenkt auch Cicero[8] hierbei nicht des *pactum fiduciae,* und führt Gaius[9] die *coëmtio* nicht unter den Fällen der *fiduciaria coëmtio* auf.

Offenbar sind die *senes coëmtionales*[10] des Plautus identisch mit den *senes ad coëmtiones faciendas reperti* Cicero's: es sind Greise, die dazu geeignet waren, eine *coëmtio* zu dem bezeichneten Zwecke einzugehen. Mit Recht bemerkt Karlowa[11] darüber: „Das Bedenken, daß die *senes coëmtionales* (bei Plautus) als Sklaven gedacht sind, ist schon durch Ihering[12] beseitigt. Am billigsten fand die Frau einen Mann, der ihr den betreffenden Dienst erwies, wenn sie sich auf dem Sklavenmarkte einen alten unbrauch-

---

1) Bechmann *l. c.* I. S. 149. Dazu I. S. 193. und II. S. 468 ff. Vergl. Kuntze Cursus § 966.
2) *ad Cic. Ep. famil.* 7, 29. — 3) *de jure pontif.* 2, 6.
4) Die Formen der röm. Ehe und Manus (1860) S. 89. — 5) Verm. Schr. I. S. 190 ff.
6) *Gai.* 3, 83. 84.
7) Durch Tod gingen die *sacra* nicht unter und vererbten sich daher: *Cic. de leg.* 2, 19–22.
8) *pro Murena* 12. — 9) *Gai.* 1, 114.
10) Gronov (*de sestertiis* 4, 8) meint, dies seien alte Sklaven, die wegen ihrer Unbrauchbarkeit nicht einzeln, sondern als Zugabe oder truppweise zum Verkauf kamen; dagegen schon Huschke Studien S. 176 u. A.
11) *l. c.* Anm. 205 (S. 91). — 12) Geist d. R. R. III. Anm. 387.

baren Sklaven kaufte und diesen freiließ (um mit ihm die Formalität der Eheschließung zu vollziehen). So mag denn gerade der Ausdruck auf alte Sklaven angewandt seyn, die nur noch zu solcher Verwendung tauglich waren“.

Nichts gibt uns so, wie diese schon zu Plautus' Zeit in Sitte übergegangene Anwendung der Manusehe ein Bild von dem Absterben der alten ernsten Sitten, von der Begabung der Römer zu freier Verwerthung ihrer starren juristischen Formen und zugleich auch von der Allmählichkeit der bei ihnen sich vollziehenden Umbildungsprocesse. In der *coëmtio fiduciaria,* welche in der letzten Zeit der Republik aufkam und in den ersten Jahrhunderten des Kaiserthums üblich blieb, hatte sich die Scheidung von *matrimonium* und *manus* principiell durchgesetzt; die *manus* ward hier nur *dicis gratia* gewährt, sie war nur Mittel zum Zweck, sollte nicht mehr ein Lebensverhältniß, sondern nur ein juristischer Hebel seyn, um die Frau aus einer Schranke des Rechts zu befreien, und ward daher ähnlich einer *res* behandelt, welche *cum pacto fiduciae* mancipirt werden konnte: in gleicher Weise, wie der Eigenthümer seine Sache, mancipirte die Frau die *manus cum pacto fiduciae;* der *coëmtionator* sollte die *manus* nicht behalten, sondern die Frau wollte alsbald wieder *sui juris* werden. Zu dieser vollkommenen Ablösung der *manus* von dem Institut der Ehe bildete die *coëmtio sacrorum interimendorum causa* die geschichtliche Brücke. Bei der *coëmtio fiduciaria* war überhaupt von Ehe keine Rede mehr, sie kann nicht einmal eine Scheinehe genannt werden; sie war transitorische und imaginäre *manus,* „eine von jeder Ehe abgelöste Scheinmanus“. „Die *fiduciaria coëmtio* unterschied sich, auch wenn sie mit dem Ehemanne gemacht wurde, von der *coëmtio matrimonii causa* doch immer darin, daß das *pactum fiduciae* den *coëmtionator* verpflichtete, die Frau schon während bestehender Ehe zu remancipiren und ihr demnächst das Vermögen zurückzuübertragen, während sonst nur nach Scheidung der Ehe ein Zwang zur Remancipation möglich war“ [1].

## II.

## Usus-Ehe, *pellicatus, concubinatus.*

Ein für unsere Lebensauffassung sehr merkwürdiges Institut des älteren röm. Rechts ist das *matrimonium per usum.* Dasselbe knüpfte an eine Erscheinung an, welche meiner Ansicht nach die Mißheirath der ältesten Römer genannt werden kann. Die Eheschließung war in alter Zeit an enge Connubialschranken gebunden, und diese Schranken wurden sicherlich pietätvoll geachtet. Die Pontifices, andere römische Bürger (*auspices nuptiales, libripens, testes*) mußten bei der rechtlichen Eingehungsform, die Anverwandten der Frau bei dem in der Sitte wurzelnden umständlichen Ritus mitwirken. Wie nun, wenn die beabsichtigte Ehe gegen das Connubium [2], gegen das Herkommen, gegen das Vermögensinteresse der Familie der Frau verstieß und wegen verweigerter Mitwirkung Betheiligter die erforderliche Solennität nicht zu Stande kam, aber das liebende Paar sich in häuslicher Gemeinschaft verband und beisammen blieb? Die Absicht der Ehe war da, aber das formelle Siegel einer ächten römischen Bürgerehe mangelte. Auch solchenfalls, wissen wir, zog der römische Rechtssinn die Consequenz aus dem allgemeinen

1) Karlowa *l. c.* S. 93. 94.
2) auch hier *matrimonium per usum* zulässig?

Gedanken, daß ein thatsächlicher Zustand durch unangefochtene und ununterbrochene Dauer in Recht übergehen könne[1]: *annua perseveratio in domo mariti* machte die Gemeinschaft zur Manusehe, die Frau zur *materfamilias* und *filiae loco*, den Mann zum Herrn des Frauenguts, die später gebornen Kinder zu *filiifamilias;* die früher gebornen konnten durch Arrogation in die Familie aufgenommen und legitimirt werden. *Usurpatio trinoctii* sollte diese Wandelung in Manusehe verhindern: eine eigenthümliche Bestimmung der XII Tafeln; der praktische Zweck derselben zwar ist klar: die *capitis diminutio* der Frau und der Anfall des Frauenguts in das Vermögen des Mannes oder auch Erlangung des Erbrechts seiten der Frau gegen den Mann sollten verhütet werden; aber zweifelhaft ist auf dieser Grundlage der Karakter der Hausgemeinschaft, die nicht in Manusehe überging. Ist das schon römisches *matrimonium* ohne *manus* im Sinne des (späteren) *jus civile*[2] oder *matrimonium juris gentium* gewesen? Ich glaube nicht, denn es widerspricht dem Geist der alten Römer, neben dem System des *strictum jus* noch ein anderes fremdartiges, freies, peregrinisches System anzuerkennen; und gerade im Gebiete des *conubium!* Es ist wahrscheinlicher, daß jede Gemeinschaft, welche nicht mit der Vollwirkung der Manusehe begründet ward, als eine illegitime Verbindung behandelt wurde; allein man mochte recht wohl unterscheiden, ob ehrliche dauernde Gemeinschaft *liberorum quaerendorum causa* oder nur ein ungewisses Zusammenleben *libidinis causa* beabsichtigt war. Ersternfalls konnte die Gemeinschaft durch *annua perseveratio* in Manusehe übergehen, wenn die Frau nicht, durch ihre Familie oder aber durch den Ehemann (bez. dessen Gewalthaber) gedrängt, von der *usurpatio trinoctii* Gebrauch machte; letzternfalls war von *usus matrimonii causa* keine Rede. In socialer Beziehung war ersternfalls die Gemeinschaft etwa das[3], was in späterer Zeit *concubinatus* war, ein Surrogat der Ehe, wo diese ethisch erstrebt, aber formell-rechtlich verhindert war; der zweite Fall steht zu aller Zeit bei gesitteten Culturvölkern außerhalb des Rahmens socialer Achtung und Würde. Die beiden Fälle unterscheiden sich also etwa so, wie Mißheirath und wilde Ehe bei uns.

Die Erinnerung an diese Mißheirath der alten Zeit taucht in dem *Liber de jure Papiriano* des Granius Flaccus[4] auf, wenn es richtig ist, den überlieferten Text in folgender Weise zu emendiren: *Pellicem nunc vulgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat, quondam*[5] *eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam* παλλακήν *Graeci vocant.* Flaccus notirt hier[6] einen doppelten Sinn, nämlich einen älteren und einen jüngeren, der ältere entpricht ganz dem obigen Falle einer Ehe ohne legitime Form und Kraft; die *pellex* war *uxoris loco,* sie war Hausgenossin des Mannes, es war ein *matrimonium sine justis nuptiis.* Hiermit stimmt die Mittheilung des Massurius Sabinus überein, wenn er in seinem *Liber memorialium* schreibt: *pellicem apud antiquos eam habitam, quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat, quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari*[7]. Auch hier ist Lebensgemeinschaft im ehelichen Sinne

1) Anders fasst dies Rossbach die röm. Ehe (1858) S. 156 ff. 243 ff.
2) so Rossbach *l. c.*
3) ich möchte dieses Verhältniss nicht, wie Karlowa *l. c.* S. 70, dem bonitarischen Eigenthum vergleichen. — 4) zu Cäsars Zeit.
5) statt *quosdam*, was schon grammatisch nicht haltbar ist. Vergl. Schmidt *de concubinatu Romanorum*, p. 5.
6) *fr.* 144. *de V. S.* — 7) *fr.* 144. *de V. S.*

mit einem unverheiratheten Manne verstanden. Mit Recht weist Sabinus vergleichungsweise auf das Concubinat hin, welches gerade zu seiner Zeit durch die *lex Julia et Papia Poppaea*[1] geordnet und als Surrogat der Ehe für gewisse Fälle anerkannt wurde.

In der Zeit der alten Sittenstrenge und Lebenseinfachheit mag es nicht leicht vorgekommen seyn, daß ein verheiratheter Römer sich ein Kebsweib hielt; es mag daher kein Bedürfniß damals gewesen seyn, dafür einen *terminus technicus* zu schaffen und eine juristische Definition zu versuchen. Erst später kam dieses Bedürfniß — wohl erst zu einer Zeit, als das (formlose) *matrimonium justum sine manu* anerkannt wurde, und nun übertrug man den Ausdruck *pellex* auf das Weib, welches nicht anstatt der *uxor*, sondern neben ihr gehalten wurde. Diese Wandelung ist durch Flaccus und Sabinus übereinstimmend bezeugt. Spätere Referenten kennen nur diesen neueren Begriff des Pellicatus, ihnen war die älteste Auffassung entschwunden[2]: so Gellius[3] und Paulus Diaconus[4]. Wenn letzterer sagt: *Antiqui eam proprie pellicem nominabant, quae uxorem habenti nubebat,* so ist das *antiqui* nicht zu urgiren bei einem so späten Schriftsteller, und das *proprie* kann ein Fingerzeig auf jene Wandelung seyn, welche in der späteren Zeit der Republik dem *pellicatus* den neuen Sinn gab. Das Gesetz des Numa[5], welches Gellius und Paulus Diac. im Auge haben, hat sich schwerlich mit dem (damals) seltenen Falle des Kebsweibes beschäftigt, sondern wohl nur den Fall confarreationsloser Ehe im Auge; in Numa's Tendenz lag es, nicht abstrakte Sittenvorschriften zu geben, sondern den religiösen Karakter der alten Ehe zu schützen; wer *uxoris loco* war, sollte nicht das sacrale Vorrecht der angetrauten Gattin üben. Den Altar der *Juno* auch gegen Kebsweiber zu schützen, dürfte kein Anlaß gewesen seyn; denn einem Kebsweibe ist es wohl nie in den Sinn gekommen, sich als Eheweib zu geriren und an den heiligen Handlungen am Ehealtar zu betheiligen.

---

## Dritter Abschnitt.

# Mancipii causa und ähnliche Subjectionsverhältnisse.

---

### LXXXIX. Kapitel.

(Zu § 796–800.)

### Das in's *mancipium* verkaufte Hauskind.

Zu **§ 796**] Im Cursus ist ausgeführt, daß die *causa mancipii* eines freien Römers Ausfluß der *patria potestas* (und *manus*) und Abbild der Sklaverei war. Bei der rechtlichen Construction dieses Gewaltverhältnisses ist davon

---

1) Paulus theilt in seinem Kommentar zu diesem Gesetz jene Definitionen der Alten (Pontifices) mit.
2) anders Karlowa *l. c.* S. 74. Anm. 184.
3) *N. A.* 4, 3. — 4) *s. v. Pellices*.
5) *Pellex aram Junonis ne tangito!* s. oben (Excurse S. 95).

auszugehen, daß der Hausvater Verfügungsrecht hatte über seine Gewaltuntergebenen, daß aber dieses Verfügungsrecht nur privatrechtlich wirken konnte. Diese Schranke war durch die privatrechtliche Natur der *patria potestas* gesetzt[1]: der Hausvater konnte über den *filiusfamilias* verfügen, insoweit er eben *filiusfamilias* war; der Status des gewaltuntergebenen Römers, insoweit er *civis, liber, ingenuus* war, blieb außerhalb der Grenzen der Hausgewalt[2].

Ich halte es daher für unrichtig, das alte *jus vitae ac necis* so zu verstehen, als ob der Hausvater über sein Kind wie über eine Sache hätte ververfügen können. Nur als Hausobrigkeit stand ihm jenes Tödtungsrecht zu: er konnte es ausüben nur im Fall Verbrechens und unter Beitritt des Familienraths; dem Verbrechen stand Monstrosität und Vitiosität des Kindes gleich. Das Tödtungs- und Verkaufsrecht gegen den verurtheilten Schuldner beweist nicht gegen die angenommene Schranke, denn ein solcher Schuldner galt, wie die *venditio bonorum* und Infamie beweisen, dem Verbrecher gleich; überdies lag hier ein besonderes gesetzlich begründetes und geordnetes Recht und Verfahren vor.

Unter demselben Gesichtspunkt ist auch das Verkaufsrecht des Hausvaters zu betrachten. Das Kind war (auch in der ältesten Zeit) keine Waare, ein (freigeborner) Römer konnte nicht Waare seyn. Nun konnte es sich um einen Verkauf ins Ausland (*trans Tiberim, ad hostem*) und unter Bürgern handeln: gewiß zwei sehr verschiedene Operationen. Von beiderlei Verkaufshandlungen wird erzählt.

1) Cicero[3] sagt: *memoria sic est proditum, quem pater suus aut populus aut pater patratus dedisset, ei nullum esse postliminium*, und an anderer Stelle[4] fügt er eine Erklärung hinzu: völkerrechtlicher Verkauf (durch den *pater patratus*) finde Statt wegen des Sacralrechts (*ut religione populus solvatur*), um die Schuld auf das Haupt des überlieferten Römers zu fixiren; Verkauf durch Volksbeschluß finde Statt, wenn die Comitien eine Person (die sich in den Besitz der Civität eingeschlichen oder dem Census entzogen hatte) für einen *hostis* (Nichtrömer) erklärten. Offenbar ist in diesen beiden Fällen eine Schuld des Verkauften angenommen, und es ist daher zu vermuthen, daß dasselbe vom dritten Falle gilt. Cicero sagt (*pro Caec.*) von diesem: *si pater vendidit eum, quem in suam potestatem susceperat, ex potestate dimittit:* eine nicht zweifellose Stelle! sollte hier nur an ein Adoptivkind[5] gedacht seyn? sollte Cicero hier nur eine ungenaue Vorstellung[6] von der Rechtswirkung des Aktes haben? Jedenfalls beweist der Mangel des *jus postliminii*, daß es auch hier sich nicht um ein gewöhnliches Gelangen in Feindeshand, sondern um Büßung eines Frevels handelte. Hatte sich das Hauskind gegen einen *hostis* vergangen, so mochte der Hausvater in Ausübung seines häuslichen Strafrechts und zugleich wohl im öffentlichen Interesse zur Sühne das Kind in Feindeshand überliefern. — In allen drei Fällen also handelt es sich nicht um ein privatrechtliches Geschäft; Mancipation oder gar in *jure cessio* konnte dabei nicht in Anwendung kommen: diese Fälle liegen daher im Gebiete des

---

1) *Paterfamilias appellatur, qui in domo dominium habet. Ulp. fr.* 195. *de V. S.*

2) v. Savigny (Syst. II. S. 51) nimmt an, die politischen Rechte des *in mancipio* Befindlichen seien suspendirt gewesen, ebenso Walter R. R.-Gesch. II. § 108 und Mandry Familiengüterr. I. S. 342. Dann hätte ein *paterfamilias* dem Staat willkürlich Bürger entziehen können.

3) *de orat* 1, 40.

4) *pro Caecina* 34. Dazu Ad. Schmidt (v. Ilmenau) d. Hauskind *in mancipio* (Progr. 1879) S. 4. Anm. 11. — 5) *susceperat!*

6) bloss Verlust der *potestas*, nicht auch Untergang der *civitas* und *libertas?*

*jus publicum* und scheiden sich von selbst aus, wenn von den Erscheinungen des *jus civile* die Rede ist, wozu die *causa mancipii* gehört[1].

2) Ausfluß des *commercium* ist der Verkauf des Hauskindes *inter cives* (*et latinos*). Zwei Fälle werden genannt: a) Verkauf um einen Preis, aus Noth des Vaters; b) Verkauf *nummo uno,* d. h. Ueberlieferung zur Sühne und zur Entschädigung an den vom Hauskind verletzten Mitbürger. In beiden Fällen behält der Ueberlieferte seine Civität und Libertät, sowie sein Conubium[2]; aber er wechselt das Gewaltverhältniß, scheidet aus der Familia seines Vaters aus, erleidet also eine *capitis diminutio minima*[3] und gelangt in ein privatrechtliches Subjektionsverhältniß zum Käufer, welches der Sklaverei ähnlich ist und daher *causa mancipii* genannt wird.

Mit Recht sagt Schmidt[4]: „Die Grundlage des ganzen Instituts bildet die ernsthaft gemeinte, einfache *mancipatio,* d. h. förmlicher Verkauf des Kindes durch den Vater um das zugewogene Erz". Der obige Fall sub a) soll daher hier besonders ins Auge gefaßt werden[5]. Eine solche Mancipation war zweifelsohne eine unbedingte, suspendirte also nicht bloß, sondern löste die väterliche Gewalt, so daß unter keinen Umständen Rückfall in die Gewalt des Vaters und Wiederaufleben der *patria potestas* stattfand — ausgenommen den Fall der ersten und zweiten Mancipation des Sohnes, und auch hier fand der Rückfall nur infolge Manumission Statt. Die Mancipation war auch auf Dauer berechnet, Beifügung eines *dies* war unzulässig[6]; zulässig war nur ein *pactum fiduciae,* welches dem Vater Anspruch auf Manumission oder Remancipation gab[7]. Eine andere Frage ist, wie die *causa mancipii* endigte und der *subjectus persona sui juris* ward[8].

Der Gewalthaber hat den *in causa mancipii* Befindlichen in seinem Vermögen, soweit das Privatrecht in Frage kommt; er kann ihn daher veräußern, d. h. durch *mancipatio* und *in jure cessio* die *causa mancipii* einem Anderen abtreten, sowie auch mittels Vindication aus fremdem Besitz zurückfordern[9]; er vererbt ihn auf den Erben, er kann ihn einem Dritten legiren; er kann ihn *inter vivos,* sowie letztwillig freilassen und letzternfalls ihn zum Erben einsetzen oder mit Vermächtniß bedenken[10]. Die *in causa mancipii* des Vaters erzeugten Kinder fallen *in causam mancipii* des (neuen) Gewalthabers desselben[11]. Auch erwirbt der Gewalthaber durch die Rechtsgeschäfte des *subjectus* und zwar nach Analogie des Sklaven[12]; unzweifelhaft kann ihm ein Peculium überlassen werden[13]. Auch in Betreff der Schulden wird sicherlich der *in causa mancipii* Befindliche dem Sklaven gleich behandelt[14]; betreffs der (*in mancipio* begründeten) Contractschulden berichtet Gaius, der Prätor habe gegen den *subjectus* die Klagen *rescissa capitis diminutione* ertheilt und, wenn der Gewalthaber nicht die Defension des *subjectus in solidum* übernahm, Besitzeinweisung in dasjenige Gut verfügt, welches dem *subjectus* ohne das Gewaltverhältniß gehören würde[15].

---

1) Vergl. auch Danz R. Gesch. (*ed.* 2) I. S. 177. und Pernice Labeo I. S. 168. Anm. 1.
2) Anders v. Savigny System II. S. 51. Dazu Schmidt *l. c.* S. 24.
3) *Gai.* 1, 162 (Studemund). Vergl. dazu Schmidt *l. c.* S. 9. Anm. 41. — 4) *l. c.* S. 3.
5) Ueber den Fall sub b) und die *mancipatio dicis gratia* s. Cursus § 796. 798.
6) *fr.* 77. *de R. J.* — 7) *Gai.* 1, 140. — 8) s. unten.
9) Karlowa Röm. Civilpr. z. Zeit d. Leg. Act. S. 89. Schmidt *l. c.* S. 14.
10) *Gai.* 1, 123.
11) *Gai.* 1, 135. Streitfrage beim Sohn während der Zeit bis zur dritten Mancipation s. daselbst.
12) *Gai.* 3, 114. Vergl. Schmidt *l. c.* S. 18.
13) Verschiedene Ansichten s. bei Mandry Familiengüterr. II. S. 39. Schmidt *l. c.* S. 18.
14) Schmidt *l. c.* S. 19.
15) *Gai.* 4, 80; *fr.* 2. § 2. *de cap. min.* (4, 4). Dazu Schmidt *l. c.* S. 22—24. und v. Savigny System II. S. 83.

Die Abschwächung des Subjectionsverhältnisses, wie sie in dieser Ediktsbestimmung erkennbar ist, zeigt sich auch sonst unter dem Einflusse des Prätor, namentlich darin, daß er an Einem Punkte den *subjectus* wie einen *suus heres* behandelte: er sollte, wenn *cum libertate* zum Erben eingesetzt, das *beneficium abstinendi* ausüben dürfen[1], welches bekanntlich den Sklaven versagt blieb. Eine weitere Abschwächung lag darin, 1) daß — wohl erst in der Kaiserzeit — dem *subjectus* die *actio injuriarum* gegen den Gewalthaber eingeräumt wurde[2], worunter vielleicht eine *extraordinaria cognitio* zu verstehen ist[3]; 2) daß Kinder des mancipirten Sohnes, welche nach dessen dritter Mancipation erzeugt (concipirt) wurden, nicht in des neuen Gewalthabers Mancipiumgewalt fielen[4]. —

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß dieses eigenthümliche Subjectionsverhältniß eine reale Bedeutung und einen ernsten Karakter hatte. Arme Römer nahmen zu solcher Mancipation ihre Zuflucht, wenn sie in Noth waren, das Kind nicht zu ernähren vermochten, eine Geldsumme sich verschaffen, vielleicht auch nur ein widerspenstiges Kind los seyn wollten; letzternfalls war es eine Art Verstoßung neben der Emancipation, in allen Fällen ein Akt römischer Haussouveränetät. Was die Lösung des Verhältnisses anlangt, so wird nur gesagt, daß sie nach Art der Sklaverei durch Freilassung erfolgte[5] und unter Umständen selbst ohne Freilassung durch den Censor (bez. später Prätor?) verfügt werden konnte[6]. Wir haben demnach anzunehmen, daß, wenn keiner dieser Fälle eintrat, das Gewaltverhältniß bis zum Tode des Mancipirten andauerte: freilich ein merkwürdiger Ausfluß der *patria potestas*, daß auch dann, wenn diese durch Tod oder *capitis diminutio magna* des Vaters erlosch, doch die *causa mancipii* unabhängig davon fortbestand; es war eine Analogie der *manus*, welche gleichfalls unabhängig von der *patria potestas* dessen, welcher die Tochter *in manum* gegeben hatte, fortbestand[7]. Davon, daß Mancipirte *ipso jure* mit dem nächsten Census von der *causa mancipii* frei geworden wären[8], steht nichts in den Quellen; eine solche transitorische Art wäre so exorbitant, daß sie unwahrscheinlich ist, und wenn Gaius (von seiner Zeit) sagt[9]: *ac ne diu quidem in eo jure detinentur homines, sed plerumque* u. s. w., so ist ersichtlich, daß eigentlich und ursprünglich die Subjection auf ein *diu detineri* abzielte.

Die Freilassung gab dem Mancipirten die privatrechtliche Selbständigkeit; eine weitere Wirkung anzunehmen, dürfte unzulässig seyn, obwohl nach einer Erzählung des Livius es so scheint, als ob die Freilassung auch eine publicistische Wirkung gehabt hätte[10]. Ich halte dafür, daß dort von einer mißbräuchlichen und versteckten, bez. in Zeiten der politischen Verwirrung connivirten oder unbeachteten Behandlung der Quasimanumission berichtet wird, aus welcher wir nicht berechtigt sind, juristische Schlüsse zu ziehen. —

Es ist klar, daß die *mancipii causa* zu Miethzwecken benutzt werden konnte: der Vater mancipirte sein Kind mit dem *pactum fiduciae*[11] auf

---

1) *Gai.* 2, 160. — 2) *Gai.* 1, 141. — 3) Schmidt *l. c.* S. 28.

4) *pendet jus*, bis der Vater solcher Kinder frei wird oder stirbt. Schmidt *l. c.* S. 17. — Auf anderen Rücksichten beruht die Nichtanwendung der Freilassungsschranken (*ex lege Aelia Sentia* und *Fufia Caninia*) auf die *in causa mancipii* Befindlichen: *Gai.* 1, 139.

5) *Gai.* 1, 138. — 6) *Gai.* 1, 140. — 7) hier ward aber die *uxor* als mitwirkend gedacht.

8) so vermuthet Ihering Geist d. R. R. III. (*ed.* 3) S. 182 ff. Dagegen Schmidt *l. c.* S. 16. 25.

9) *Gai.* 1, 141.

10) *Liv.* 41, 8: *liberos suos* (*Latini*) *quibusquibus Romanis in eam conditionem, ut manumitterentur, mancipio dabant, libertinique cives essent.* Vergl. Schmidt *l. c.* S. 3.

11) Schmidt *l. c.* S. 4. Anm. 12. Ihering (*l. c.* S. 184) bringt den Miethzweck mit dem Rückfall durch Census, Pernice (Labeo I. S. 169) mit dem Rückfall des Sohnes in die väterliche Gewalt in Verbindung.

kürzere oder längere Zeit; das ist eine Analogie zu der Verpfändung mittels Mancipation und *pactum fiduciae*. Uebrigens dürfte auch bei der *mancipatio filiorumfamilias* (neben dem Miethzweck) der Pfandzweck eine Rolle gespielt haben. Gaius ist sehr kurz in der Schilderung der *causa mancipii*, offenbar fehlt ihm das rechte Interesse an diesem Institut, so karakteristisch es auch für die römische Rechtswelt ist. Um so wichtiger ist die Notiz bei ihm [1], daß Mancipation mit Vorbehalt der Remancipation vorkam: das ist gewiß lange Zeit hindurch ein sehr gewöhnlicher Fall gewesen.

---

# Vierter Abschnitt.

# Patronatus.

---

## XC. Kapitel.

(Zu § 801—805.)

Zu § 801. 803] A. Das Band, welches den Freigelassenen an seinen Patron knüpfte, galt von jeher als ein besonders kräftiges: *liberto (et filio) semper honesta et sancta persona (patris et) patroni videri debet* [2]; der Freigelassene sollte dem Patron in keiner wichtigen Sache seine Dienste verweigern: *ingratus libertus est, qui patrono obsequium non praestat, vel res ejus, filiorumve tutelam administrare detrectat* [3]; ja von den eigentlichen Huldigungsdiensten (*operae officiales*) ward gesagt: *natura operas patrono libertus debet* [4]. Dennoch gab es auf solche Dienstleistungen keine Klage, wenn nicht eidliche Zusage oder Stipulation stattgefunden hatte.

Diese Huldigungsdienste bestanden theils in persönlicher Aufwartung im Hause des Patrons, oder persönlichem Ehrengeleite desselben, theils in Darbringung von Ehrengaben [5], welche sich nach den Familien- und Ortssitten richten mochten, theils auch in Leistungen aus dem Gebiete der persönlichen Kunstfertigkeit des Freigelassenen [6]. Dienstleistungen andrer Art mußten durch Stipulation zugesagt werden, um einen Anspruch darauf zu gewähren. — Man unterscheide:

1) *Impositio operarum* heißt der die Rechtspflicht begründende Akt, welcher nicht vor, sondern nach der Freilassung geschehen muß [7].

2) *Indictio operarum*, d. h. Inanspruchnahme von Diensten. Der Freigelassene ist nicht ohne Weiteres zum Leisten verpflichtet und hat die Initiative des Patrons abzuwarten: *operae, quas patronus a liberto postulat, cedere incipiunt, posteaquam fuerint indictae* [8].

3) *Praestatio s. editio operarum*, d. h. die Ausführung der geforderten Dienste, wobei der Freigelassene nicht willkürlich verfahren darf, aber

1) *Gai.* 1, 140. — 2) *Ulp. fr.* 9. *de obsequiis* (27, 15).
3) *Paul. fr.* 19. *de jure patronatus* (27, 14).
4) *Jul.* u. *Ulp. fr.* 26. § 12. *de cond. ind.* (12, 6). — 5) *fr.* 7. § 3. *de operis libert.* (38, 1).
6) *fr.* 9. § 1; *fr.* 16. 27. *eod.* — 7) *fr.* 7. § 2. *eod.*
8) *fr.* 13. § 2; *fr.* 24. *eod.*

auch anderseits Billigkeit obwalten muß, denn z. B. da die *operae* als *diurnum officium* gelten, hat der Freigelassene sich erforderten Falls für den ganzen Tag zu Gebote zu stellen[1]; die Dienste sind allerdings dem Patron an dessen Wohnort zu leisten, und muß dorthin der Freigelassene, aber *sumtu et vectura patroni* und unter Anrechnung der Reisetage, sich begeben[2]. Uebrigens ist die Persönlichkeit des Freigelassenen zu berücksichtigen: *operarum editionem pendere ex aestimatione edentis; nam dignitati, facultatibus, consuetudini, artificio ejus convenientes edendas*[3].

4) *Revenditio operarum*, d. h. Dienstentbindung des Freigelassenen seiten des Patrons. Das war ein Akt privater Ablösung, indem der Patron sich durch eine Summe entschädigen ließ[4]. *Libertus, qui operarum obligatione dimissus est, atque ita* (?) *liberam testamenti factionem assecutus est, nihilominus obsequio verecundiae tenetur*[5].

5) *Petitio s. actio operarum* ist die Klage, welche der Patron nach eingetretenem Verzug (s. oben sub 2) gegen den Freigelassenen erhebt. Sie geht auf den in Geld abzuschätzenden Werth der versäumten Dienste: *nec patronis pro operis mercedem accipere licet, quamvis si indictae operae praestitae non sint, ad pecuniae exactionem obsequii non praestiti aestimatio convertatur*[6].

6) *Locatio operarum liberti* ist eine Ueberlassung der Dienste des Freigelassenen an einen Anderen gegen Entrichtung eines Miethgeldes; daß es auf den Gewinn eines Miethgeldes abgesehen sei, wird nicht bei jeder Ueberlassung der Dienste an Andere angenommen, sondern die Umstände entscheiden[7]. Die völlige Ueberweisung oder Abtretung der Dienste an einen Andern, namentlich den Gläubiger, um diesem an Zahlungs-Statt zu seyn, heißt *delegatio liberti*, wenn sie durch ein selbständiges Versprechen des Freigelassenen an den Anderen bestätigt wird[8]; eine solche verpflichtet den delegirten Freigelassenen nur in Ansehung der *operae artificiales*[9]. Von dieser Delegation ist die *assignatio liberti* zu unterscheiden, welche sich nicht auf das *jus operarum*, sondern auf das patronatische Erbrecht bezieht: *interdum operarum manet petitio, etiamsi jus patroni non sit; ut evenit in fratribus ejus, cui assignatus est libertus*[10].

B. Das Patronat[11] war ein Hauptstück im socialen Bilde des römischen Rechtslebens; schon lange, bevor die Libertinen im kaiserlichen Hof- und Staatswesen eine Rolle zu spielen anfingen, griffen sie bedeutsam in alle Verhältnisse der Familie und des Vermögensverkehrs ein. Bei den Freilassungen, welche in ältester Zeit selten, später immer häufiger vorkamen, wirkten wohl nicht so oft, als wir gern annehmen möchten, Motive höhern Styls mit; zwar waren den Römern Freilassungen zum Dank für außergewöhnliche Dienste nicht unbekannt, aber vornehmlich waren Eigennutz und Berechnung die Motive dabei: man ließ den geschäftskundigen Sklaven frei, um ihn zu freierer Thätigkeit zu befähigen und anzuspornen und sich das dehnbare *commodum patronatus*[12] zu verschaffen. In der Sklaverei hatte der thätige Mann nichts

---

1) *fr.* 1. 3. § 1. *eod.* — 2) *fr.* 20. 21. *eod.* — 3) *Nerat. fr.* 50. *pr. eod.*
4) *fr.* 22. § 1. *eod.*; *fr.* 53. *pr. de V. S.*; *c.* 4. *de op. lib.* (6, 3).
5) *Pap. fr.* 41. *de op. lib.* (38, 1). — 6) *a.* 225: *c.* 6. *de operis lib.* (6, 3).
7) *fr.* 25. *de op. lib.* (38, 1). — 8) *fr.* 37. § 4. *eod.*; *fr.* 1. § 10. *quar. rer. actio* (44, 5).
9) *fr.* 26. § 12. *de cond. ind.* (12, 6). — 10) *Paul. fr.* 51. *de op. lib.* (38, 1).
11) Ich gebe im Texte meine Arbeit genau so, wie sie vor meiner Kenntniss der neuesten Darstellung des Patronatrechts durch Leist gefertigt war, und behalte die Berücksichtigung der letzteren für die Anmerkungen vor, wo sich die betr. Citate finden.
12) *fr.* 3. *de jure patr.* (37, 14).

weiter als den Lebensunterhalt, und nicht viel mehr nach der Freilassung dem neuen römischen Bürger zu lassen mag ursprüngliche und lange festgehaltene Sitte gewesen seyn. Der Freigelassene blieb in voller Abhängigkeit vom Patron und gab an ihn allen Gewinn seiner Erwerbsthätigkeit heraus: das Patronat warf eine Rente ab, die unter Umständen sehr beträchtlich war. Mit dieser Modalität, welche ihren Schutz in der öffentlichen Sitte hatte, schloß sich der *status libertinitatis* unmittelbar an den *status servitutis* an[1]; die Freilassung war eben nur *donum libertatis et civitatis*, im Uebrigen blieb es thatsächlich beim Alten. Der Römer nutzte den Freigelassenen aus, wie er den Sklaven ausgenutzt hatte; die Freilassung geschah also hauptsächlich im wirthschaftlichen Interesse des Herrn; man ließ frei, wo die Herrschaft über den Freien mehr Nutzen brachte, als die Herrschaft über den Sklaven.

Sicher war es eine alte Sitte, daß die Dienstpflicht des Freigelassenen dem Freilasser noch besonders in feierlicher Weise angelobt wurde[2], und daß die Feierlichkeit sacraler Art war (*jurata operarum promissio — obsequium pangere*): wie die alte Clientel, so ward auch das Treueband des Freigelassenen in sacralem Zusammenhang gedacht. Es war etwas Besonderes, daß ein Freier *obsequium* leiste, jeden Winks gewärtig seyn müsse und eine Leistungspflicht auf Lebenszeit bestehe. Das fügte sich schwer in den gewöhnlichen Rahmen des Civilrechts. Solche *oneratio libertatis* war einer Servitut vergleichbar, welche dem Freigewordenen auferlegt wurde, eine Art Servitut an einer freien Person; wie der Veräußerer einer Sache sich bei der Veräußerung eine Servitut vorbehalten (*servitutem deducere, recipere*) konnte, so der Freilasser *obsequium, donum, munus et operae.* Ob das Angelöbniß vor oder nach dem Freilassungsakte geleistet wurde[3], mag ursprünglich gleichgültig gewesen seyn, von einer klagbaren Civilverbindlichkeit ist hier wohl lange keine Rede gewesen; darum konnte der Eid auch vor der Freilassung abgenommen werden; der Sklave konnte den Eid nicht verweigern, der Freigelassene hätte ihn verweigern können; zwar band der Eid eines Sklaven nicht civilrechtlich, aber sacral. Von dieser Auffassung finden wir noch einen Rest bei Venulejus, welcher berichtet[4]: *Licet dubitatum antea fuit, utrum servus dumtaxat, an libertus jurando patrono obligaretur in his, quae libertatis causa imponuntur, tamen verius est, non aliter quam liberum obligari. Ideo autem solet jusjurandum a servis exigere, ut hi religione adstricti, posteaquam suae potestatis esse coepissent, jurandi necessitatem haberent; dummodo in continenti, cum manumissus est, aut juret aut promitteret.*

Am Schlusse dieser Stelle wird dem *jurare* das *promittere* zur Seite gestellt[5]. Offenbar ist das *promittere* die jüngere Form, wie ja überhaupt die *stipulatio* als profanes Versprechen jünger als die sacrale *sponsio* und das *votum* ist[6]. Mit dem *promittere* treten wir in die zweite Periode des Patronats ein: dasselbe wurde civilrechtlich geordnet. Der Jurist mußte demgemäß verlangen, daß die Stipulation nach dem Freilassungsakt stattfinde, und der Stipulation ward die *juratio* gleichbehandelt. Es ward nun eine eigentliche Klage gegen den säumigen Freigelassenen gewährt und unter dem Schutze

---

1) Vergl. Leist d. röm. Patronatrecht (in Glück's Comm. Serie der B. 37. 38. Thl. IV. 1879) Thl. I. S. 546. — 2) Vergl. Leist *l. c.* II. S. 147. 212 ff.

3) Man mag oft Beides verbunden haben. Vergl. *fr.* 2 § 2. *quar. rer. actio* (44, 5).

4) *fr.* 44. *de liberali causa* (40, 12). Vergl. *Cic. ad Att.* 7, 2, 8. Dazu Mommsen R. Staatsr. I. S. 202. Anm. 1.

5) Vergl. Leist II. S. 245. — 6) s. oben (Excurse) S. 174.

des Civilrechts konnten die härtesten Anforderungen an den Freigelassenen gestellt werden, und wurden auch gestellt, wie Servius Sulpicius erzählt[1]. Wie diese Klage, die später *exactio, petitio, persecutio operarum* genannt wird, beschaffen gewesen, wissen wir nicht[2].

Ulpian berichtet, daß dann im prätorischen Edikt eine neue Behandlung des Verhältnisses aufgekommen sei, welche mit den Worten *operarum et societatis actio* bezeichnet wird. Darin scheint zu liegen, daß nun der Patron nicht mehr unbeschränkte Anforderungen stellen, sondern nur einen Antheil am Erwerb des Freigelassenen verlangen konnte, wobei der Fraternitätsgesichtspunkt der Societät zur Geltung kam; und dieses Antheilsrecht nach Gesellschaftsart sollte nur dann dem Patron zustehen, *si hoc pepigisset, ut, nisi ei obsequium praestaret libertus, in societatem admitteretur patronus*[3]. Der Grundstock dieses Moderationsedikts wird auf Rutilius[4] zurückgeführt, von Ulpian aber hinzugefügt, daß spätere Prätoren das Rutilische Edikt weitergebildet hätten und dabei der Societätsgedanke maaßgebend gewesen sei; diese Entwickelung führte zur *bonorum possessio* des Patrons: ein Anrecht am Vermögen des Freigelassenen, welches ganz natürlicher Weise den Karakter eines Pflichttheilsrechts annahm, nach dem Grundsatze, *ut, quod vivus solebat societatis nomine praestare, id post mortem praestaret*[5].

Diese neue Behandlung des Verhältnisses duldete unter regelmäßigen Umständen bei Lebzeiten des Freigelassenen nur ein Recht auf *operae:* man gab das *judicium operarum in libertos et libertas:* hierauf blieben regelmäßig die s. g. *libertatis causa imposita* eingeschränkt[6]. Die Verbindlichkeit des Freigelassenen pflegte noch immer durch *juratio* begründet zu werden, der Eid ging auf *operas, donum, munus se praestaturum*[7]*;* aber die Pflicht dieser Leistung ward ganz als *obligatio*[8], ähnlich einer *obligatio ex credito* aufgefaßt[9]: hatte doch der Herr durch Freilassung dem Sklaven mit und in der Freiheit gewissermaaßen ein werbendes Kapital gegeben[10]. Darum war auch Bürgschaft dafür zulässig[11].

Auch die *lex Aelia Sentia* und die Jurisprudenz nahmen sich der Freigelassenen an. Die erstere scheint in irgend welcher Weise chikanöse Be-

---

1) *Hoc edictum a Praetore propositum est honoris, quem liberti patronis habere debent, moderandi gratia. Namque, ut Servius scribit, antea soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere, sc. ad remunerandum tam grande beneficium, quod in libertos confertur, cum ex servitute ad civitatem Romanam perducuntur: fr.* 1. *de bonis libertor.* (38, 2).

2) Verschiedene Ansichten über diesen Punkt sowie über die spätere Entwickelung s. bei Löhr Magazin III. S. 261; Francke R. d. Notherben S. 487 fg.; Schilling Lehrb. f. Inst. III. S. 309. 512. Schmidt (v. Ilmenau) Pflichttheilsr. d. Patronus S. 5–14. Leist *l. c.* II. S. 281 ff.

3) *fr.* 1. § 1. *eod.* Das *jus in bonis liberti mortis causa* trat dann an die Stelle; vielleicht ist daraus zu schliessen, dass die Societät *inter vivos* gemeiniglich auf Halbpart ging. Ein ähnliches Verhältniss war die *colonia partiaria.*

4) Schmidt *l. c.* S. 10. 14 sagt, Rutilius müsse vor d. J. 680 d. St. im Amte gewesen seyn, weil in diesem Jahre der Prätor *Verres* eine Veränderung des fraglichen Edikts vornahm (*Cic. in Verr.* 1, 48). Ein Rutilius war Praetor 118 v. Chr. Dazu Leist II. S. 56. 294.

5) *fr.* 1. § 2. *eod.* — Die letzten Jahrhunderte der Republik waren überhaupt dem Stande der Freigelassenen günstig. Seit der agitatorischen Censur des Appius Claudius (312 a. Chr.) ruhten die oft im politischen Parteiinteresse auftauchenden Bemühungen, das *jus suffragii* der *libertini* zu verbessern, nie ganz; namentlich im 2. Jahrh. a. Chr., seit dem Consulat des Lepidus und Fulvius (179 a. Chr.), erhielten die *libertini* Zugeständnisse; und dann wieder in der ersten Hälfte des ersten Jahrhunderts a. Chr., seitdem sie zum regelmässigen Kriegsdienst herangezogen wurden, häuften sich die legislativen Versuche, ihre staatsrechtliche Lage zu heben. Es ist wahrscheinlich, dass hiermit die Weiterbildung des Rutilischen Edikts parallel ging.

6) *Hoc edictum Praetor proponit coartandae persecutionis libertatis causa impositorum; animadvertit enim libertatis causa impositorum praestationem ultra excrevisse, ut premeret atque oneraret libertinas personas. Ulp. fr.* 2. *de operis lib.* (38, 1). Vergl. Leist II. S. 295.

7) *fr.* 7. § 3. *eod.* Vergl. Leist II. S. 212. — 8) *operarum obligatio: fr.* 37. *pr. eod.*

9) *Perinde enim operae a libertis ac pecunia credita petitur; haec ita Aristo scripsit, cujus sententiam puto veram. Pomp. fr.* 4. *eod.*

10) Vergl. Leist I. S. 304. — 11) *Pomp. fr.* 8. § 1. *eod.* und *Scaev. fr.* 44. *eod.*

lastungen der Freizulassenden[1] untersagt zu haben[2] und war vielleicht Anlaß zur Ausbildung des Verbots der *stipulationes onerandae libertatis causa* durch die Jurisprudenz und zur Aufstellung der *exceptio onerandae libertatis causa* im Edikt. Man berief sich dafür auch auf das prätorische Edikt[3]. Ulpian spricht sich über jenes Verbot ausführlich aus: *Quae onerandae libertatis causa stipulatus sum, a liberto exigere non possum. Onerandae autem libertatis causa facta bellissime ita definiuntur, quae ita imponuntur, ut, si patronum libertus offenderit, petantur ab eo semperque sit metu exactionis ei subjectus, propter quem metum quodvis sustineat patrono praecipiente. In summa si in continenti impositum quid sit liberto, quod imminens oneret ejus libertatem: dicendum est, exceptioni locum facere. Sed si post intervallum, habet quidem dubitationem, quia nemo eum cogebat hoc promittere; sed idem erit probandum et hic, tamen causa cognita, si liquido appareat libertum metu solo, vel nimia patrono reverentia ita se subjecisse, ut vel poenali stipulatione se subjiceret. Exceptionem onerandae libertatis causa, sicut et ceteras, fidejussori non esse denegandas, sciendum est*[4]. Und Paulus sagt: *Totiens onerandae libertatis causa pecunia videtur promitti, quotiens sua sponte dominus manumisit, et propterea velit libertum pecuniam promittere, ut non exigat eam, sed ut libertus eum timeat et obtemperet ei*[5].

Auch ein Gesellschaftsverhältniß mochte nicht selten vom Patron *libertatis onerandae causa* verlangt werden, aber die Juristen erklärten das für unzulässig; schon Labeo sprach aus, daß ein solcher Contract *ipso jure* nichtig sei[6]; es bedurfte daher solchenfalls gar nicht der *exceptio onerandae libertatis causa*[7]. Offenbar betrachtete man eine solche Gesellschaft als *societas leonina*. Außerdem nahm sich die Jurisprudenz der Libertinen an, indem sie zwischen *operae fabriles* und *officiales* sorgfältig unterschied[8], nur Ansprüche auf *operae*, welche *probe jure licito* auferlegt sind, zuließ[9], die selbständige Erwerbsthätigkeit des Freigelassenen gegen willkürliche Verbote des Patrons in Schutz nahm[10] und feste Grundsätze über die *indictio operarum* aufstellte[11].

Diese Begünstigung der Freigelassenen lag im Geiste der Kaiserzeit: in der Abschwächung der Rassengegensätze und in dem philosophischen Humanismus. In derselben Zeit erfolgte auch die dauernde Vertheilung der Freigelassenen unter alle Tribus und die Ausbildung eines Rechtsschutzes für Sklaven[12].

C. Aus dem Abhängigkeits- und Reverenzverhältniß des Freigelassenen entspringt das Recht der *querela patroni adversus libertum*[13]. Weil der Freigelassene dem Patron das *beneficium libertatis et civitatis*[14], sowie

---

1) *fr.* 6. § 1. 3; *fr.* 15. *de jure patron.* (37, 14); *fr.* 31. 32. *qui et a quib. manumissi* (40, 9). Vergl. *fr* 6. § 4. *de jure patr.* (37, 14); (*lex Julia de mar. ordin.*).

2) Die *stipulatio* auf *centum operas aut in singulas aureos quinos dari* sollte statthaft (*fr.* 6. § 1. *eod* ), die *stipulatio: si decem dierum operas non dederis, viginti nummos dari spondes?* als *stipulatio operarum* zu behandeln seyn (*fr.* 39. *pr. de op. lib.* 38, 1). Vergl. *fr.* 32. § 2. *qui et a quib. manumissi* (40, 9). Dazu Leist II. S. 232 ff.

3) *fr.* 1. § 8. *quar. rer. actio* (44, 5). — 4) *fr* 1. § 5. 6. 8. *eod.*

5) *fr.* 2. § 2. *eod.* Vergl. dazu Leist II. S. 285 ff.

6) *fr.* 36. *de op. lib.* (38, 1). — 7) *Ulp. fr.* 1. § 7. *quar. rer. act.* (44, 5).

8) *fr.* 6. *de op. lib.* (38, 1). Dazu Leist II. S. 220 ff. — 9) *fr.* 7. § 3. *eod.*

10) *Scaev. fr* 18. *de jure patr.* (37, 14) und *fr.* 45. *de op. lib.* (38, 1).

11) *fr.* 15. 24. *eod.* Ueber den Wegfall der *actio operarum* bei *fideicommissaria libertas* s. *fr.* 7. § 4; *fr.* 42. 47. *eod.* Ferner *fr.* 10 *de obsequiis parentibus* (37, 15).

12) s. oben (Excurse) S. 377.

13) *Ulp. fr.* 1. *de jure patr.* (37, 14). *Mod. fr.* 25. *de in jus voc.* (2, 4).

14) *fr.* 33. *de poenis* (48, 19); *fr. Vat.* § 225; *fr.* 1. *pr. de bon. lib.* (38, 2).

das *beneficium bonorum quaerendorum*[1] verdankt, schuldet er ihm nicht bloß *reverentia*[2], sondern auch *obsequium*. Das Recht auf Reverenz ist unzerstörbar, das Recht auf *operae* und das *jus in bonis liberti*, welche auf *obsequium* beruhen, können hinwegfallen[3]. Der Freigelassene, welcher dagegen verstößt, ist *ingratus;* in der Kaiserzeit ist es Sache des *praefectus urbi* und der *praesides provinciarum*, gegen Ungebühr einzuschreiten und den Querelen der Patrone Gehör zu schenken. *Inofficiosus* heißt der *libertus*, wenn er durch leichtere Fälle nur zu einer *castigatio* Anlaß gibt[4]; in schwereren Fällen droht ihm größere Geldstrafe[5], theilweise Entziehung des Vermögens zu Gunsten des Patrons[6], Exil, Verurtheilung *ad metalla*, zeitweise oder dauernde Zurückversetzung in Sklaverei (Addiction an den Patron oder Dritten: *revocatio in servitutem*).

Zuerst die *lex Aelia Sentia* ordnete das dabei stattfindende Verfahren, welches *ingrati accusatio* hieß und als *extraordinaria cognitio* behandelt wurde[7]. Das Recht der *accusatio* steht auch dem Sohn, sowie dem Erben des Freilassers zu[8]; von mehreren Compatronen hat nur der Verletzte dieses Recht[9], im Falle der *assignatio liberti* nur der Assignatar[10]. Der Anwendung der Libertinenstrafe steht das *jus aureorum annulorum* nicht entgegen[11].

---

# FÜNFTES BUCH.

## Das Erbrecht.

### XCI. Kapitel.

### Das Princip der römischen Erbfolge.

(Zu § 806–811.)

#### I.

#### Erbrechtliche Grundideen.

Zu § 809] In der Erbfolge des römischen Rechts summirt sich gewissermaaßen das ganze Privatrecht der Römer. Der Römer zog im Testirakte die Summe seines Lebens. Dieser Bedeutung entspricht auch die Theorie des Erbrechts, denn im Erbrecht sammelt sich — so kann man sagen — Alles, was zuvor einzeln im System dargestellt worden, zu einem geschlossenen

1) *fr.* 1. *pr. si a parente* (37, 12); *fr.* 4. § 16. *de doli exc.* (44, 4).
2) *fr.* 2. *pr. de obseq. par.* (37, 15); *Gai.* 1, 172. — 3) *fr.* 41. *de op. lib.* (38, 1).
4) *fr* 1. *de jure patr.* (37, 14). Vergl. dazu Leist *l. c.* I. S. 363. II. S. 40. 56 ff. 276.
5) z. B. *fr.* 24. *de in jus voc.* (2, 4). — 6) *fr.* 7. § 1. *de jure patr.* (37, 14).
7) *c.* 1. *de libert. et eor. lib.* (6, 7). Vergl. Leist *l. c.* I. S. 384–7.
8) *fr.* 3. *de obseq.* (37, 15). — 9) *fr.* 30. § 4. *qui et a quib.* (40, 9).
10) *fr.* 30. § 5. *eod.*
11) *fr.* 43. *ad leg. Jul. de adult.* (48, 5). Vergl. Leist I. S. 388 ff.

Bild, und die Theorie des Erbrechts summirt die Theorie des Privatrechts. Die Ideen der Universal- und der Singularsuccession, der dinglichen und obligatorischen Rechte, der Contracts- und Delictsobligationen, Interdicte, Cautionen und Besitzeinweisungen treffen hier zusammen; in der Repräsentation des Erblassers durch den Erben spiegelt sich die Vermögensgewalt unter Lebenden, denn diese ist eine Universalrepräsentation, und jene ist eine Universalsuccession; Alles muß im Gedränge der mannichfaltigen Bestandtheile einer *hereditas* von Neuem die Probe seiner theoretischen und praktischen Haltbarkeit bestehen.

Wenn es wahr ist, daß das Selbstbewußtseyn des persönlichen Geistes in dem Gedanken der Unsterblichkeit gipfelt und darin eigentlich überhaupt erst zur Ruhe kommt: so kann auch die Grundidee der römischen Erbfolge als die Gipfelung des privatrechtlichen Selbstbewußtseyns des Römers bezeichnet werden, denn es war römische Nationalanschauung, daß der *paterfamilias* in seiner *familia relicta* fortlebe, und nicht mit Unrecht hat man die Idee der erbrechtlichen Repräsentation des Erblassers den civilistischen Unsterblichkeitsglauben der Römer genannt. Es ist eine Anschauung, die sich bei jeder energischen Persönlichkeit wiederholt, daß der in ihr zusammengehaltene Vermögenskreis sich fortsetzen müsse in einer an die Stelle des Abscheidenden einrückenden Persönlichkeit. Hierdurch wird die zeitliche Schöpfung gewissermaaßen zu einer dauernden, während den alternden Menschen unausweichlich das Gefühl vergeblichen Strebens beschleicht, wenn er ohne Nachkommenschaft, ohne Erbfamilie, mit der Aussicht zu Grabe geht, daß seine Hinterlassenschaft zerfallen, Niemandem recht zu Gute oder aber in die Hände solcher kommen werde, welchen der Gedanke fremd ist, daß sie mit dem Vermögen des Erblassers auch dessen Geist überkommen. Der Wunsch, in seinen Erbfolgern fortzuleben und von ihnen gewissermaaßen fortgesetzt zu werden, ist ein allgemein menschlicher, und je energischer der Geist einer Nation ist, um so nationaler wird auch jene Idee des Erbrechts seyn. Darum war das Testament der normale Lebensabschluß eines mündigen Römers und der primäre, ja prototypische Delationsgrund der Erbfolge; es war die höchste Selbstbethätigung des Römers, welcher so sich selbst den Grund seiner idealen Fortpflanzung legte.

Das Testament war ein juristischer Collectivakt, ein Rechtsgeschäft im eminenten Sinne, sowohl was den Umfang, als was die Tragweite des Geschäftswillens anlangt. 1) Ein Testament umfaßt das Ganze des Vermögens, die gesammte ökonomische *familia:* es ist ein Universalakt. 2) Es ist ein Willensakt, welcher seine Wirkungen über das Lebensende des Subjekts hinaus, weit hinaus ins Unbestimmte äußert. 3) Es kann seine Wirkungen unmittelbar auf eine Mehrheit von Personen neben und nacheinander erstrecken, und diese Wirkungen treten zum Theil selbst ohne Wissen und Willen der Betheiligten ein. So ist der Testirakt derjenige Akt, welcher unter allen Privatakten einem gesetzgeberischen Akte am nächsten kommt und den Privatmann auf dem Gipfel seines privatrechtlichen Daseyns zeigt.

## II.

## Die Geschichte der *bonorum possessio.*

Zu § 811] In Betreff der Geschichte des Systems der prätorischen Erbfolge sind es namentlich zwei Momente, auf deren Aufhellung es ankommt:

1) in welcher rechtlichen Erscheinung ist der Keim der ***bonorum possessio*** zu suchen? und 2) in welcher Aufeinanderfolge mögen die einzelnen Theile des prätorischen Edikts über Erbfolge ausgebildet worden seyn?

Zu 1) Ursprung der *Bonorum Possessio.* Seit der ersten anregenden Arbeit über die Geschichte dieses interessanten prätorischen Rechtsinstituts, welche Hugo[1] lieferte, sind viele verschiedene Ansichten über diese Frage laut geworden. Unter diesen haben den wenigsten Beifall gefunden die von Hugo selbst und von Niebuhr aufgestellten Ansichten.

Noch nicht in der angeführten Dissertation, aber in seiner römischen Rechtsgeschichte[2] stellt Hugo mit wenigen Worten die Hypothese auf, die *bonorum possessio* sei ursprünglich die Form gewesen, unter welcher den Fremden in Rom vom *Praetor peregrinus* eine Art Erbrecht zugestanden wurde, so daß also die Rechtssätze über die *bonorum possessio* erst aus dem Edikte jenes Prätor in das des *Praetor urbanus* gekommen seien. Gegen diese Ansicht ist schon von Löhr[3] mit Recht eingewendet worden, daß mit ihr die Beschränkung auf römische Bürger und auf solche, welche die *testamenti factio* und *capacitas* haben, ganz unvereinbar sei.

Niebuhr[4], nachdem er seine in Verständigung mit v. Savigny ausgebildete Ansicht über den precären Besitz des *ager publicus* seiten der begünstigten Bürger und über die daher geleitete Entstehung der possessorischen Interdicte dargelegt hat, macht davon weiter eine Anwendung zur Erklärung des Ursprungs der *bonorum possessio,* welche anfänglich nichts weiter, als eine Succession in die Possession des *ager publicus,* gewesen sei. „Eine geringe Vergegenwärtigung der Verhältnisse genügt, um zu überzeugen, daß eine Erbschaft nur Eigenthum befassen, daß namentlich ein Testament durch Mancipation den Besitz niemals enthalten und übertragen konnte. Ohne Hülfe des Staats wäre er bei jedem Todesfall erledigt gewesen, und hätte dem ersten, der sich seiner bemächtigen wollte, offen gestanden: aber dieselbe höchste Gewalt, welche ihn ursprünglich verliehen hatte, gegen Beeinträchtigung schirmte, verlieh ihn dem Erben, der dann ihren Schirm gleich seinem Vorgänger anrufen konnte. Der Prätor gab die Possession des Grundstücks dem, der es, wenn es Eigenthum gewesen wäre, nach Landrecht oder dem letzten Willen des Verstorbenen, als Erbe angesprochen haben würde: weil aber der Staat über sein Eigenthum frei verfügen konnte, so war auch die Obrigkeit nicht nur durch die Regeln des gesetzlichen Erbrechts nicht streng gebunden, sondern sie konnte auch von den letztwilligen Verfügungen abweichen, die über diese Gegenstände nur als Wunsch galten. Billigkeit und Verständigkeit durften sie bestimmen; also jeden Prätor, wie er sie erkannte; und einer konnte hierüber ganz anders verordnen, als seine Vorgänger. Eine Magistratur, die es sich hätte anmaaßen dürfen, ein Erbrecht einzuführen, wodurch das gesetzlich bestehende untergraben werden sollte, ist eine Monstrosität, welche kein verständiger Mann, sobald er sich die Sache verwirklicht denkt, für möglich halten kann. Wenn aber über die Nutzung des Eigenthums der Republik, welches ganz außerhalb der Gesetzgebung lag, ein System sich festgestellt hatte, und diese Nutzung einen so großen Theil alles Vermögens ausmachte, wie es zwischen dem hannibalischen Krieg und dem Sempronischen Gesetz der Fall war: wenn das Eigenthum in den zuge-

1) in seiner *Diss. de bonorum possessionibus* (Halle 1788) § 23.
2) 11. Ausg. S. 238. — 3) in s. Magaz. III. S. 251. — 4) Röm. Gesch. II. S. 173.

wandten Ländern und Provinzen, welches auch nicht unter das Erbrecht der XII Tafeln gehörte, derselben gleichgestellt ward; — so bildete sich durch Gewohnheit ein Erbrecht, dessen allmähliche Ausbreitung zum Nachtheil des gesetzlichen gar nicht mehr befremden kann. Es mögen äußerst wenige Verlassenschaften, über das Maaß der Dürftigkeit, eröffnet seyn, wo das Erbrecht genügt hatte, das Eintreten des Prätor entbehrlich gewesen wäre". — Gegen diese geistreiche Hypothese spricht nicht bloß, daß für sie nicht der geringste positive Rückhalt in den Quellen gefunden wird, sondern auch, daß das Possessionsverhältniß der Patrizier unmöglich so flüssig und der *cognitio Praetoris* untergeben gedacht werden kann, als es in jener Darlegung erscheint, und mit Recht bemerkt Danz[1] außerdem dagegen: „daß auf diese Weise eine Successionsart, die wesentlich nur die Patricier berührte, gerade mit dem Verschwinden dieses Standes und der ursprünglichen Verhältnisse für alle römischen Bürger und unter ganz veränderten Verhältnissen ihre eigentliche Ausbildung erhalten haben soll".

Fabricius setzt in einem ganz anderen Punkte ein. Schon v. Löhr[2] hatte sich gegen die Annahme, daß die *bonorum possessio* von vornherein ein selbständiges System der Universalsuccession gewesen sei, erklärt, indem er sie aus einer dem Civilerben gewährten *missio in possessionem* hervorgehen ließ. Hier anknüpfend hatte dann J. H. Dernburg[3] ausgeführt, daß bei Streitigkeiten um eine Erbschaft häufig die Beweisführung des Erbanspruchs, namentlich des Suitäts-, bez. Agnationsverhältnisses, eine verwickelte und langwierige war, und dabei die Gefahr entstand, die Frist der *usucapio hereditatis* könnte inmittels verstreichen, und so der Gegner definitives Recht erlangen, der Kläger also nun trotz seines Siegs im Proceß leer ausgehen; der Prätor habe daher edicirt, „daß er demjenigen einstweilen den Besitz der Erbschaftssachen geben werde, der ihm bloß die Proximität seiner Verwandtschaft mit dem Erblasser darthun werde, ohne noch vor der Hand nach dem Fortbestehen des Agnations- und Suitäts-Verhältnisses zu fragen. Die weitere Erörterung des civilrechtlichen Verhältnisses wurde jetzt, mit veränderten Parteirollen wegen des veränderten Besitzstandes, *ad separatum* in das Petitorium verwiesen"[4]. Dann hatte Francke[5], gleichfalls an jener Bemerkung v. Löhr's anknüpfend, die Ansicht angedeutet, der Prätor habe für die Vindication von Erbschaften in dem *interdictum quorum bonorum* ein Rechtsmittel für die vorläufige Regulirung der *bonorum possessio* aufgestellt, und dieses hätte dem Erben auch gegen den *pro herede* Usucapirenden nützlich seyn können. Diese Ansicht wurde ausführlich zuerst von Fabricius[6] begründet. Er verweist auf den eigentlichen Begriff von *possessio*, welcher in Anwendung auf Erbschaften den Besitz eines Erbschaftsganzen bedeutet habe[7], und auf die Analogie der *hereditatis petitio* mit der *rei vindicatio*; hiernach sei, gleichwie bei letzterer, so auch bei ersterer das Bedürfniß einer Ordnung der *vindiciae* für die Zeit des petitorischen Processes entstanden, allein dieses Bedürfniß mußte bei der *hereditatis petitio* nach anderen Gesichtspunkten befriedigt werden; es lag nahe, hier nicht zum Besten des *sine*

1) Lehrb. d. Gesch. d. R. R. II. S. 45.
2) in s. Magazin f. Rechtswiss. u. Gesetzg. III. (1820) S. 250 ff.
3) Beiträge z. Gesch. d. röm. Testamente. (1821) S. 186–204.
4) Dernburg *l. c.* S. 196.
5) d. Recht d. Notherben u. Pflichttheilsberechtigten. (1831) S. 97. 105.
6) Histor. Forschungen im Gebiete des R. R. 1. Heft: Ursprung und Entwickelung der *Bonorum Possessio* bis zum Aufhören des *ordo judiciorum privatorum*. (1837) S. 17–45.
7) Labeo in *fr.* 3. § 1. *de B. P.* (37, 1).

*vitio* Besitzenden, sondern dessen, „welcher nach der ersten oberflächlichen Beurtheilung das beste Recht für sich zu haben schien", die Vindicien zu entscheiden. „Der Prätor edicirte also: Wenn über Erbrechte gestritten wird, so will ich die Vindicien zunächst dem ertheilen, der mir ein der äußern Form nach gültiges Testament des Erblassers, worin er zum Erben eingesetzt worden, vorzeigen wird; sobald aber kein Testament vorliegt, demjenigen, welcher nach Intestaterbrecht zur Succession berufen ist. Ein solches Edikt nun halte ich für den Ursprung unserer *bonorum possessio*" [1].

Diese auch von Danz vertretene Ansicht hat das gegen sich, daß von da aus nicht ersichtlich ist, wie die *bonorum possessio* zu einem selbständigen Erbsystem werden konnte, was sie bereits in Cicero's Zeit war [2]. Nach dieser Ansicht wollte der Prätor eigentlich nur das civilrechtliche Resultat des Erbstreits anticipiren, allein im Sinne der ausgebildeten *bonorum possessio* liegt der Gedanke einer Correctur und Ergänzung des Civilrechts. Stützpunkte könnten vielleicht für die Fabricius'sche Ansicht noch in dem *pignus praetorium* mit *bonorum possessio* und prätorischer Universalsuccession (an den *bonorum emtor*) im Fall des Concurses, ferner in der *bonorum possessio decretalis*, sofern diese auch auf provisorische Besitzregulirung abzweckt, endlich in dem Umstand gefunden werden, daß die *bonorum possessio* in dem System des materiellen Rechts keinen besonderen Platz erhielt [3]. Nichtsdestoweniger empfiehlt sich eine andere in neuerer Zeit vorwiegend vertretene Ansicht weit mehr, eine Ansicht, welche gleichfalls an der *pro herede usucapio*, aber in anderer Weise, als dies von Dernburg beiläufig angedeutet wurde, anknüpft. Zuerst ist dieser Anknüpfungspunkt grundsätzlich von v. Savigny [4], dann (freilich in theilweise sehr abweichender Art) von Huschke [5], Bachofen [6], Leist [7], Hingst [8] und Köppen [9] benutzt worden [10]. Ich denke mir die Entwickelung im Wesentlichen so.

Wenn der berufene Erbe nicht alsbald die Erbschaft antrat, so war dieselbe der Occupation offen. In solchen Fällen wird meistens irgend ein andrer dem Verstorbenen Nahestehender, sei es ein (nicht berufener) Agnat oder Cognat, in der Lage gewesen seyn, zuzugreifen, und es vollzog sich auf diesem Wege der Erbgang ganz naturgemäß, wenn auch in der der Idee nach rohen Weise einer Occupation und Usucapion. Allein es konnte geschehen, daß ein nur sehr entfernt Verwandter oder ganz Fremder sich vordrängte und einmischte. Die Sache kam dann vor den Prätor. Dasselbe geschah, wenn mehrere Verwandte unter einander um den Besitz des Nachlasses stritten. Der Prätor mußte hier, wenn die Priorität der Occupation zweifelhaft war, gewisse Grundsätze befolgen, nach denen einem der Streitenden der Vorzug zu geben sei. Weiterhin aber konnte er sich auch des Gedankens nicht erwehren, daß die bloße rohe Occupationsmaxime unbillig und eine Rücksicht auf die Familienzugehörigkeit der Imploranten geboten sei. Das Interesse der Götter an den *sacra* und der Gläubiger an ihrer baldigen Befriedigung aus dem Nachlaß mußte den Prätor bei seinen Reformversuchen, die eine

1) Die Hauptstütze für seine Ansicht findet Fabricius in *Cic. in Verr. II*, 1. *c.* 44—46.
2) s. Huschke in Schneider's krit. Jahrbb. 1839. S. 6 ff. und Leist d. *B. P. I.* S. 127.
3) Leist Versuch einer Geschichte der römischen Rechtssysteme; (1850) S. 60. 88.
4) Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. V. (1825) S. 14 ff.
5) ebend. XIV. S. 157 ff. 204 ff. und in Schneider's krit. Jahrbb (1839). S. 11 ff.
6) Ueb. d. *lex Voconia.* (1843) S. 66 ff. — 7) d. *B. P.* Bd. I. S. 51 ff.
8) *Comment. de B. P.* (*Amstell.* 1858.) *p.* 108 *sq.*
9) System des heut. röm. Erbrechts. I. S. 24.
10) Die Schrift von Allbrandi *de bon. possessionibus comment.* (Rom, 1869) ist mir unbekannt geblieben.

rasche und billige Erledigung der Erbgangsfrage bezweckten, wesentlich stärken. Immer entschiedener widersprach jene freibeuterische Idee der alten *pro herede usucapio* den zarteren Rechtsanschauungen der neuen Zeit, und so ward allmählich der von diesem Institut des Civilrechts ausgefüllte Raum von einem neuen System besetzt. Dieses System war das prätorische Institut der *Bonorum Possessio.* — Jenes Rechtsinstitut der alten *pro herede usucapio* war einer groben und rohen Masse zu vergleichen, welche nun unter der Hand des Prätor juristisch articulirt und gleichsam civilisirt wurde, und daher, wenn irgendwo, so wäre hier jener Marcianische Ausspruch am Platze, daß das *jus honorarium* die *viva vox juris civilis* sei.

Leist hat ausgeführt, die *bonorum possessio* sei zunächst bestimmt gewesen, den Mängeln der alten *pro herede usucapio* in der Weise abzuhelfen, daß nun die *successio* nicht mehr jedem Beliebigen offen stehen sollte, sondern den späteren *Ordines* des Civilrechts angeboten wurde; die Idee des *edictum successorium* also sei es im Wesentlichen gewesen, welche den Prätor zur Schöpfung des Systems der *bonorum possessio* getrieben habe. Auch Hingst nimmt an, der Prätor habe zu allererst bezweckt, das freie Belieben des ersten Zugreifers zu beschränken und gewisse Grundsätze für das Recht des Zugreifens festzustellen, wofür die äußerliche Ordnungsmäßigkeit des Testaments, bez. der einfache Intestaterbtitel genügen sollte. Es scheint mir, daß diese Ansichten sich im Grunde vereinigen lassen und in der oben gegebenen Darstellung vereinigt sind, welche nur das Besondere hat, daß sie das Interesse der Cognatenschaft von vornherein mit in den Vordergrund stellt. Mit Recht ist dieses Moment von Köppen (a. a. O.) ganz besonders betont.

Zu 2) Die weitere Entwickelung der *bonorum possessio* anlangend, so scheint es nahe zu liegen, die Reihenfolge, in welcher im prätorischen Edikt die Delationsgründe aufgeführt waren, auch als die Aufeinanderfolge ihrer geschichtlichen Entwickelung zu verstehen. Der Prätor nun handelte zuerst von den Fällen eines vorhandenen Testaments und danach von der Intestaterbfolge: *Posteaquam Praetor locutus est de bonorum possessione ejus, qui testatus est, transitum fecit ad intestatos, eum ordinem secutus, quem et Lex XII tabb. secuta est; fuit enim ordinarium, ante de judiciis testantium, deinde sic de successione ab intestato loqui*[1]. Wenn dann hinzugefügt wird: *ita autem ab intestato potest competere bonorum possessio, si neque secundum tabulas, neque contra tabulas bonorum possessio agnita sit*[2]*:* so könnte daraus die prioritätische Stellung der *bonorum possessio secundum tabulas* im Edikt vermuthet werden; doch sagt Ulpian ausdrücklich das Entgegengesetzte: *Aequissimum ordinem Praetor secutus est; voluit enim primo ad liberos bonorum possessionem contra tabulas pertinere, mox, si inde non sit occupata, judicium defuncti sequendum*[3]. Die hiernach sich ergebende Reihenfolge im Edikt wird bestätigt durch die Stellung der drei Vocationsgründe in den Digesten: 1) *Bonorum Possessio contra tabulas* (*Dig. 37, 4*) — 2) *Bonorum Possessio secundum tabulas* (*Dig. 37, 11*) — 3) *Bonorum Possessio intestati* (*Dig. 38, 6—11*), sowie durch die Aufführung in *§ 3. J. de B. P.* (*3, 9*)[4]. Es ist aber schwerlich anzunehmen, daß diese Reihenfolge im Edikt der Abdruck eines geschichtlichen Pro-

1) *Ulp. fr. 1. pr. si tabulae test.* (38, 6). — 2) *fr. 1. § 2. eod.*
3) *Ulp. fr. 2. pr. de B. P. s. t.* (37, 11).
4) Vergl. Rudorff *De jurisdictione Edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt* (*Lips.* 1869) *p.* 141.

cesses sei, vielmehr mag darin das praktische Verhältniß der drei Vocationsfälle, wie es sich im Leben darstellte, wahrgenommen werden. Die erste Frage war für den Prätor, welcher von einem Agnoscenten angegangen ward, immer die, ob ein Testament errichtet worden, ob gegen dasselbe, dann ob auf Grund des vorhandenen Testaments —, und zuletzt erst, ob in Ermangelung eines Testaments die *bonorum possessio* agnoscirt werde. Dieses natürliche Verhalten im concreten Fall, in Verbindung mit der alten aus den XII Tafeln stammenden Priorität des Testaments vor der *lex*, begründete die Reihenfolge im Edikt. Die geschichtliche Aufeinanderfolge in der Entwickelung der einzelnen Partien der *bonorum possessio* muß unabhängig von jener Ediktsfolge ermittelt werden.

Aus allgemeinen Gründen nun empfiehlt sich zunächst die Annahme, daß die *B. P. c. t.*, welche im Edikt die erste Stelle einnahm, in der Geschichte zuletzt zur grundsätzlichen Ausbildung gelangte, denn das Wagniß eines Angriffs auf den letzten Willen, dieses Heiligste eines Römers, konnte dem Prätor wohl erst dann in den Sinn kommen, als sein neues System bereits in anderen Partien festen Boden gefunden hatte. Die *bonorum possessio secundum tabulas* und diejenige *sine tabulis* mögen wohl ziemlich nebeneinander und gleichzeitig sich entwickelt haben. In welcher Weise aber im Einzelnen dies geschah, darüber gehen die Ansichten weit auseinander, und der stringenten Beweismittel liegen in den Quellen so wenige vor, daß auf ein bestimmtes Geschichtsbild verzichtet werden muß[1]. Hingst[2] ist der Ansicht, daß die *bonorum possessio unde cognati* schon vor Cicero's Zeit eingeführt gewesen sei, und von der *bonorum possessio unde vir et uxor* hält er dasselbe wenigstens für wahrscheinlich, während er die Ausbildung der *bonorum possessio contra tabulas* und der *bonorum possessio unde liberi* in die Zeit nach Cicero verlegt; er stimmt in Betreff dieser Zeitannahmen im Großen und Ganzen mit Leist[3] überein. Eine frühere Entstehung der *bonorum possessio contra tabulas* ist Ad. Schmidt[4] anzunehmen geneigt.

## XCII. Kapitel.

### II. Die Successionsarten.

(Zu § 812–815.)

### Das Princip der Universalsuccession und die Entstehung der Testamentsidee.

Zu § 812] An und für sich kann es gedacht werden, daß der Nachlaß eines Verstorbenen entweder als Einheit, bez. als ideeller Bruchtheil einer solchen — oder daß er in seine einzelnen reellen Bestandtheile aufgelöst auf die Rechtsnachfolger übergeht. So lange Forderungen und Schulden keine Rolle im Verkehr spielen, scheint es an einem rechtlichen Interesse zu fehlen, eine Unterscheidung dieser Fälle festzustellen, denn es könnte davon höchstens die Frage abhängen, ob, wenn mehrere Miterben da sind, der Nachlaß zu ideellen Theilen unter sie zur Vertheilung komme, oder ob er in einzelne reelle Partien zu zerlegen und so zu vertheilen sei. Letzteres war z. B. im

1) Vergl. dazu Kuntze in der Münchner krit. Vierteljahrschrift IX (1867) S. 548.
2) *l. c.* im 3. Abschnitt. — 3) *l. c.* I. S. 136. 137.
4) Das formelle Recht der Notherben. (1862) S. 66.

germanischen Recht der Fall, wo das Stammgut, das Lehngut, die Gerade (d. h. das der weiblichen Pflege und Verwaltung untergebene Mobiliar), das Heergeräth (Rüstung u. s. w.) und das Mustheil (Speisevorrath) nach besonderen Grundsätzen, bez. an verschiedene Personen sich vererbte [1].

Allein sobald Forderungen und Schulden wichtig werden, muß der Nachlaß als ein Vermögensganzes Gegenstand der Erbfolge seyn, wenn eine solche überhaupt durchgeführt werden soll, denn Schulden hängen ihrem Begriff nach an der im Vermögensganzen repräsentirten Person des Schuldners als negative Vermögenswerthe, als Subtractionen des Vermögensbetrags. Von da an bildet die Universalsuccession nothwendig die Basis aller Erbfolge, und wenn daneben Singularsuccession anerkannt wird, so kann dies immer nur auf jener Basis geschehen. Auf der Stufe des cultivirten Rechtslebens bildet die erbmäßige Singularsuccession nicht ein Seitenstück der Universalsuccession, sondern nur ein abgeleitetes und bedingtes Successionsrecht.

Wir könnten demgemäß denken, daß in ältester Zeit Rom — das patricische Rom — noch kein Bedürfniß der Universalsuccession gehabt haben würde, wenn nicht *Sacra* auf der *familia* ruhten. Eigentliche Schuldverhältnisse im spätern Sinne waren unzweifelhaft jener ältesten Zeit fremd, aber die *Sacra*, welche den Göttern gebührten, ruhten wie Familienschulden auf dem Familiengut; in diesem Verhältniß liegt der Keim des so bedeutungsvollen Rechtsbegriffs der Universalsuccession. Auch hier, wie an vielen Punkten des altrömischen Rechts, werden wir gewahr, wie dasselbe ursprünglich im Schoße des *fas* befangen lag, und die Abtrennung aus diesem Schoße ein sich nur langsam vollziehender Proceß des Volkslebens war. Rom verdankt den Rechtsbegriff der Universalsuccession den patricischen Sacraltraditionen, dieser Begriff ist der Beitrag der Patricier zu den Fundamenten des römischen Erbsystems. Es ist schwer einzusehen, wie ohne jenen geheiligten Ausgangspunkt die Römer zu diesem Rechtsbegriff gelangt wären, und jedenfalls würde ihnen nicht die frühe Durchbildung, vollendete Abklärung und präcise Concentrirung gelungen seyn, welche wir an ihrem auf solchem Fundament ruhenden System des Erbrechts bewundern. Die *sacra* hafteten freilich in gewisser Weise an der Person, und erst die spätere Zeit (der Republik) lies den Gedanken aufkommen, daß die *sacra cum pecunia conjuncta* seien. Aber gerade die Persönlichkeit des *defunctus* dachte man sich als fortdauernd, nämlich über- und eingehend in die Person des Erben. Auf dieser Conservirung der *persona defuncti* ruhte die Fortdauer der *sacra* [2]; die Folie dazu bildet die *capitis diminutio*, durch welche die *sacra* untergingen.

Von dem profanen und bürgerlichen Standpunkt der Plebs aus kam dem römischen Recht ein anderer Impuls zu: die Idee des Testaments. So wenig jenes sacrale Element den Plebejern verdankt worden seyn kann, ebensowenig das letztwillige Element den Patriciern, denn es mußte diesen als ein profaner, ja monströser Gedanke erscheinen, daß ein einzelner *paterfamilias* auf seine eigene Hand und nach freiem Belieben über sein Vermögensganzes, d. h. eben über die *Sacra familiae*, schalten könnte.

Insgemein wird angenommen, daß das *testamentum per aes et libram* bereits in den XII Tafeln anerkannt gewesen sei, und es scheint dafür zu

1) s. v. Gerber System d. deut. Privatr. § 248.
2) Vergl. oben (Excurse) S. 160.

sprechen, daß nach *Ulp. 26, 1* dort der Satz stand: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto,* — denn das Wort *intestato* weist auf *testamentum,* und *testamentum* bedeutet immer wesentlich die Einsetzung eines Universalsuccessor; hiermit würde stimmen, daß beim *Auct. ad Herenn. 1, 13* und *Cic. de invent. 2, 50* von einer letztwilligen Verfügung über die „*familia*" als einem Satz der XII Tafeln die Rede ist. Dagegen ist zu berücksichtigen[1], daß in den genaueren Mittheilungen über den Wortlaut der XII Tafeln nicht von *familia,* sondern nur von *pecunia tutelave rei suae* die Rede ist, und daß das Wort *intestato* (wenn es wirklich in den XII Tafeln stand!) recht wohl auf das *testamentum calatis comitiis* und *in procinctu* gehen kann. Daß *pecunia* schon in so alter Zeit das Vermögensganze bezeichnet habe, ist schwer zu denken; *familia* scheint dafür alter technischer Ausdruck gewesen zu seyn[2]; war aber dem *paterfamilias* Verfügungsrecht nicht über die *familia,* sondern nur über die *pecunia* eingeräumt, so konnte darunter nur ein Recht, Singularsuccessionen anzuordnen, verstanden seyn, und diesem Sinne entspricht auch das Wort *legare: uti legassit.* Dieses so bestimmt bezeugte Wort kann nicht für gleichgültig geachtet werden; wenn es in alter Zeit auch nicht gerade einen bewußten Gegensatz zur Universalsuccession ausdrückte, so dürfte es doch jedenfalls diesen Begriff nicht bestimmt enthalten haben. Wir würden demgemäß annehmen, daß in den ältesten Formen des *testamentum* die Idee der Universalsuccession noch nicht klar ausgebildet vorlag, m. a. W. daß die *test. calatis comitiis* und *in procinctu* mehr Akt und Formen des Legirens, als des Testirens waren. Den Patriciern mußte ja eine Verfügung über die *sacra* abominabel erscheinen, und den Plebejern mangelte nach damaliger Anschauung der Begriff und das Bedürfniß einer Universalsuccession, da ihnen das Interesse der *Sacra* abging, und Forderungen und Schulden in jener Zeit unmöglich schon eine privatrechtlich hervorragende Rolle spielen konnten.

Wenn *Gai. 2, 224* sagt: *olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quidquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis,* so scheint sich darin fast jene älteste Zeit zu spiegeln. Wenn aber Gaius dort fortfährt: *idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: Uti legassit suae rei, ita jus esto!* so zeigt uns schon das *videbatur,* daß die Ableitung des späteren *jus testandi* aus den XII Tafeln nicht als direkte Herkunft verstanden wurde. Von *testari* ist eben in der entscheidenden Stelle der XII Tafeln gerade so wenig die Rede, wie von *familia,* und wenn in der bekannten Formel des Mancipationstestaments die Worte *familiam pecuniamque* und *haec ita do lego testor* gesprochen wurden[3]: so dürfen wir das nicht ohne Weiteres auf Rechnung der XII Tafeln setzen. Nirgends ist von den Römern selbst direkt und unumwunden das eigentliche Testirrecht aus den XII Tafeln abgeleitet worden; vielmehr scheint *Pomponius ad Q. Mucium*[4] anzudeuten, daß erst im Wege der Interpretation das Universaltestament gebildet worden sei, wenn er sagt: *Verbis legis XII tabularum his: Uti legassit suae rei, ita jus esto! latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendi, et legata et libertates dandi.* Hiermit

1) s. Cursus § 141. und Excurse S. 141. 162. — 2) s. oben (Excurse) S. 159.
3) *Gai.* 2, 104. — 4) *fr.* 120. *de V. S.*

stimmt *Gaius ad Edictum*[1] überein, wenn er sagt: *Hereditas ad nos pertinet vetere jure: e lege XII tabularum vel ex testamento,* denn offenbar wird hier das *testamentum* neben die XII Tafeln gestellt und damit auf die *interpretatio XII tabularum* hingedeutet. Es kommt hinzu, daß Gaius, der Commentator der XII Tafeln, welcher sonst immer gern angibt, daß Rechtsinstitute in den XII Tafeln begründet oder anerkannt seien, in seinen Commentarien, wo er das Mancipationstestament einführt, kein Wort über einen Ursprung desselben aus den XII Tafeln fallen läßt. Er führt es mit den Worten ein: *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur*[2], und auch die dann folgende Schilderung deutet überhaupt mehr auf Praxis, als auf Gesetzgebung.

Die Worte *familia* und *testor* gehören offenbar zum Wesen des Mancipationstestaments, beide aber fehlten noch in den XII Tafeln an der betreffenden Stelle, sie können daher erst durch die Interpretation hinzugekommen seyn. In der Pontificalpraxis mochte zuerst, als die Frage der Forderungen und Schulden unter Plebejern anfing wichtig zu werden, und vielleicht auch, als die Patricier an den Gedanken eines Testirens über die *Sacra* sich zu gewöhnen begannen, der Anfang mit Construction eines Universaltestaments gemacht worden seyn, — in dem Sinne, daß, was bis dahin nur im Wege des gesetzlichen Erbgangs geschah, nun auch durch freie Verfügung des Erblassers bewirkt werden konnte. Mit dieser Annahme des geschichtlichen Hergangs würde nun im vollkommensten Einklange stehen, daß die Form des Testirens über die *familia* die *familiae venditio per aes et libram* war. Die Mancipation konnte hier nur eine künstliche Anwendung der Kaufidee, die Erbfolge nur eine *imaginaria emtio* seyn: als solche wird sie auch von Gaius principiell bezeichnet. Nun ist doch unzweifelhaft, daß künstliche Anwendungen eines Rechtsbegriffs nicht der ältesten Schicht des Rechtslebens angehören können; die Mancipation muß längere Zeit als reelles Geschäft vorgekommen seyn, bevor man den Ritus *dicis gratia* vorzunehmen sich entschloß; aber von der reellen Mancipation wird erzählt, daß sie in den XII Tafeln sanctionirt worden. Die ganze Technik des *gerere per aes et libram dicis gratia* mit dem Scheinpreis und der *librae percussio* trägt weit eher den Stempel der Pontificaltechnik, als der naiven Zwölftafelgesetzgebung, und so scheint Alles dafür zu sprechen, daß erst in der Zeit nach den Zwölftafeln freie Verfügung über die *familia,* das Testament im eigentlichen und vollen Sinne, anerkannt wurde, und daß das Mancipationstestament die erste Stufe des vollen Testirrechts war.

## XCIII. Kapitel.

### III. Die Successionsgründe.

### A. Die ordentlichen Successionsgründe.

(Zu § 816—833.)

### Die Rolle des Testaments im römischen Leben.

Zu § 833] Nichts im ganzen Privatrecht der Römer läßt sich vergleichen mit dem Testament, dieser erhabensten Erweisung der Selbstherrlichkeit eines römischen *paterfamilias.* Hätten die Römer den Kuppelbau

1) *fr. 1. de her. pet.* (5, 3). — 2) *Gai.* 2, 102.

gekannt, man könnte sagen, das Testament sei die Kuppel auf dem Bauwerk ihres privatrechtlichen Systems gewesen. Noch zu anderen Vergleichen hat das Testament herausgefordert: mit der Pyramide ist es verglichen worden, deren Bau ein souveräner Wille sich als Lebenszweck setzte, um seinen irdischen Resten eine unzerstörliche Ruhestätte zu schaffen und sich in künstlicher Weise eine Art Fortdauer zu sichern. So zimmerte auch wohl ein römischer Bürger, welcher sich als Souverän in der großen oder kleinen Welt seines Hauses fühlte, mit jahrelanger Ueberlegung einen Plan der Erbfolge für alle möglichen Eventualitäten, welche gleichsam Stufe auf Stufe sich aufbauten und in mühsamer Arbeit des Erwägens und Vorausschauens ineinander zu fügen waren. Jeder energische Karakter strebt ja, sich in außerordentlichen Akten des Willens zu verewigen: der ägyptische König that das in der Pyramide, der römische Bürger im Testament[1]. Seneca[2] feiert diesen Akt vom Standpunkt seiner Lebensphilosophie aus folgendermaaßen: *Quid cum in ipso vitae fine constituti sumus, cum testamentum ordinamus, non beneficia nobis nihil profutura dividimus? Quantum temporis consumitur? quamdiu secreto agitur, quantum et quid demus? Quid enim interest, quibus demus a nullo recepturi? Atqui nunquam diligentius damus, nunquam magis judicia nostra torquemus, quam ubi remotis utilitatibus, solum ante oculos honestum stetit, tamdiu officiorum mali judices, quamdiu illa depravat spes ac metus ac incertissimum vitium, voluptas. Ubi mors interclusit omnia et ad ferendam sententiam incorruptum judicem misit, quaerimus dignissimos, quibus nostra tradamus. Nec quidquam cura sanctiore componimus, quam quod ad nos non pertinet.*

Gans[3] sagt dazu: „es ist dieser höchste Götzendienst der individuellen Freiheit in dem karakteristischen Tempel, den er sich in der *testamentifactio* erbaut hat, eine nicht zu verkennende bedeutende Manifestation des römischen Geistes". Ein solcher Willensakt muß aber auch die Bedeutung einer Manifestation der ganzen energisch sich zusammenfassenden Persönlichkeit haben, und diese Bedeutung hatte für den Römer das Testament. Der Testator legte in sein Testament seine Seele, sein Ich; wie das Grabmal eine Stätte des Leibes, so war das Testament eine Stätte des persönlich fortwirkenden Willens. Mit Recht nennt Lassalle[4] das Testament „die römische Unsterblichkeit" und das Testiren „eine Kundgebung des geistigen Innern". Die Römer selbst umschrieben diesen weitreichenden Sinn in der wahrscheinlich altherkömmlichen Definition des Testaments, es sei eine *testatio mentis,* eine *mentis nostrae justa contestatio*[5], womit in Betreff der Allgemeinheit auch die bekannte Legaldefinition des Testaments von Modestin stimmt: *est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri vellet*[6]. Ein römisches Sprüchwort sagte: *testamenta hominum speculum esse morum*[7]. Ein Grieche urtheilte: nur Ein Mal in seinem Leben sprach der Römer sich voll und ganz aus, in seinem Testament; zu den drei Dingen, welche *Cato* bedauerte, gehörte, daß er ein Mal im Leben ohne Testament geschlafen habe.

Wir bewundern die Schönheit und Klarheit, mit welcher der römische Rechtssinn sich seine Welt des Privatlebens organisirte. Dem Römer hätte

---

1) Daher auch die Bedeutung des *jussus monumenti exstruendi: fr.* 44. *de her. inst.* (28, 5).
2) *de benef.* 4. 11.
3) d. Erbrecht in weltgesch. Entwickelung. Bd. II. (1825) S. 148.
4) d. System der erworbenen Rechte. (1861) Bd. II. S. 21. 58.
5) *Servius Sulpicius* bei *Gell. N. A.* 6, 12, und *Ulp. fragm.* 20, 1.
6) *fr.* 1. *qui test. fac. poss.* (28, 1). — 7) *Plin. Ep. VIII*, 18.

der Gedanke an das endliche Scheiden von dieser kunstreichen Welt seiner Erdenheimat fürwahr ganz besonders schwer fallen müssen, wenn er nicht im Testament sich einen freien und weiten Ausblick über die Lebensgrenze hinaus eröffnet hätte. Durch den Nebelflor des Todes hindurch schaute so der Römer in ein großes helles Reich zukünftiger Beziehungen seines Vermögens, seines Willens, seiner Person, und er hatte die Genugthuung, diese Zukunft selbst zu ordnen. Es verbarg sich im römischen Testament in der That eine Ahnung der Unsterblichkeitsidee, das Testament war ein Trost Angesichts des rücksichtslosen Schnitts der Parce. Jenes deutet Leibnitz[1] an, wenn er sagt: *„Testamenta mero jure nullius essent momenti, nisi anima esset immortalis, sed quia mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum; quos vero heredes reliquerunt, concipiendi sunt ut procuratores in rem suam"*; das andere Moment hat schon *Quinctilian*[2] betont: *Neque enim aliud videtur solatium mortis, quam voluntas ultra mortem. Alioquin potest grave videri etiam ipsum patrimonium, si non integram legem habet, et cum omne jus nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus.* Um uns die tief menschliche Bedeutung dieser erbrechtlichen Repräsentationsidee zu beleben, nehme man die Vorstellungen der heutigen Geschäftswelt zu Hülfe, wie da der Gewerbs- und Kaufmann sein Ich in sein Geschäft legt, darin lebt und aufgeht, so daß ihm die Geschäftsfragen zu persönlichen Fragen werden; die Nachfrage wird ihm zur Vertrauenssache, der Credit zum Ehrenpunkt; er empfindet Zurückweisung seiner Arbeit und Waare als persönliche Zurücksetzung. So legte auch der Römer sein volles Ich in sein Vermögen, identificirte sich mit demselben auf's Energischeste und bekundete sein Ich in den Verfügungsakten[3]. Nehme man das Gewicht hinzu, welches überhaupt von Heiden und irdisch Gesinnten auf das irdische Besitzthum gelegt wird, so ist einzusehen, wie der römische Testator, indem er das Schicksal des Vermögens nach seinem Tode bestimmte, den Tod zu überwinden, sein Ich zu retten, seine Person zu verewigen schien.

Fassen wir das Gesagte zusammen, so wird es verständlich, wenn man das Testament die Summirung des juristischen Lebens, den Saldo der ganzen irdischen Rechnung im Sinne der Römer nennt. In der Anfertigung desselben fand der ächte Römer seine höchste civilistische Befriedigung; ein Tod ohne Testament erschien fast wie ein Leben ohne Abschluß. Cicero[4] ruft aus: *Quid procreatio liberorum, quid propagatio nominis, quid adoptiones filiorum, quid testamentorum diligentia, quid ipsa sepulcrorum monumenta, quid elogia significant, nisi nos futura etiam cogitare!* und stellt so „die fleißige Abfassung der Testamente auf gleiche Linie mit den substantiellsten Forderungen der Familie, des Geschlechts und der Religion"[5]. Edle Römer erkannten diesen Werth des Testaments selbst in einer gewissen Anwendung auf ihre Sklaven an; *Plinius*[6] schreibt: *Confecerunt me infirmitates meorum, mortes etiam et quidem juvenum. Solatia duo, nequaquam paria tanto dolori, solatia tamen: unum facilitas manumittendi (videor enim omnes immaturos perdidisse, quos jam liberos perdidi), alterum, quod permitto servis quoque quasi testamenta facere, eaque, ut legitima, custodio.*

---

1) In seiner *Nova methodus jurisprudentiae* (*Lips.* 1748). *P. spec.* § 20.
2) *Declam.* 308.
3) Daher ist es erklärlich, dass die Emancipationstendenz der Kaiserzeit für Haussöhne, wie für Sklaven (*Ulp.* 20, 16: *servi publici*) in der Testirbefugniss einsetzte.
4) *Quaest. Tuscul.* 1, 14; dazu *Cic. de fin.* 2, 17. 18.
5) Gans *l. c.* — 6) *Epist.* 8, 16.

*Mandant rogantque, quod visum; pareo, ut jussus. Dividunt, donant, relinquunt; dumtaxat intra domum; nam servis respublica quaedam et quasi civitas domus est.*

In der That galt der sorgsamste Schutz der letzten Willen der Bürger als ein allgemeines Interesse, die Nation wachte über den Testamenten, wie Aegypten über den Mumien der Vorfahren. Ulpian leitet einen Artikel des Edikts mit den Worten ein: *Praetor voluntates defunctorum tuetur*[1]. Die Jurisprudenz schloß sich dem Prätor an und suchte die Testamente aufrecht zu halten, wenn nur irgend ein Anhalt gegeben war: *benigne interpretari credendum est*[2] - *Testatoris voluntas, si quibusdam argumentis apparebit, de quo dixit, adimplenda est*[3] — *In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur*[4]. Selbst bloßen Wünschen des Testator sollte möglichst die Erfüllung gesichert werden: *ubi auctoritas sola testatoris est, interventu judicis omnia debent ad effectum perduci*[5] — *Quamvis enim stricto jure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis*[6]. Pontifex, Prätor und Princeps, Jurisprudenz und Richteramt also, alle Zeitalter Rom's, hielten Wacht über der Institution der Testamente, als wenn sie das Allerheiligste wäre. Und die Römer betrachteten sie wirklich als ihr Allerheiligstes; Cicero[7] ruft: *in publicis nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum;* Ulpian betont: *tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis (i. e. heredis), sed potius publicum est instrumentum*[8], und Paulus bestätigt: *publice enim expedit, suprema hominum judicia exitum habere*[9]. Auch in der späteren Kaiserzeit blieb das Testament das Asyl der bürgerlichen Selbständigkeit und „das Himmelreich der römischen Freiheit, wo Alle gleich sind, und in das keine irdische Gewalt eingreifen darf"[10]. Noch Constantin d. Gr. erkennt das an: *Nihil enim est, quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stilus et licitum, quod iterum non redit arbitrium*[11].

## XCIV. Kapitel.

### B. Die ausserordentlichen Successionsgründe.

(Zu § 834–840.)

### I.

### Die erbrechtliche Intervention.

Zu § 838] Unter diesem nicht technischen Ausdruck begreife ich mehrere Erscheinungen des römischen Erbrechts, welche, so verschieden sie auch in ihrer civilistischen Structur seyn mögen, doch sämmtlich sich im praktischen Leben mit dem eigentlichen Erbgang nahe berührten und gleichsam als große Strebepfeiler den Hauptbau der erbrechtlichen Succession stützen halfen. Wir können eine vollkommene und eine unvollkommene Intervention dieser Art unterscheiden: jene waren die *usucapio hereditatis* und

1) *fr. 1. pr. si quis om. causa test.* (29, 4). — 2) *Marcell fr. 24. de reb. dub.* (34, 5).
3) *Cels. fr. 25. eod.* — 4) *Paul. fr. 12. de R. J.*
5) *Pomp. ad Q. Mucium: fr. 7. de ann. legat.* (33, 1). — 6) *Pap. fr. 49. de her. pet.* (5, 3).
7) *Phil.* 2, 42. — 8) *fr. 2. pr. de test. quemadm. aper.* (29, 3).
9) *fr. 5. eod.* — 10) Lassalle *l. c.* S. 61. — 11) *c. 1. de sacros. eccles.* (1, 2).

die *in jure cessio hereditatis ab intestato delatae,* auf deren innere Verwandtschaft zuerst von v. Scheurl hingewiesen worden ist. Neben dieser letzteren sind dann die sonstigen *in jure cessiones* von Erbschaften, sowie die *venditio hereditatis* zu nennen, welche nur in unvollkommner Weise eine Intervention enthalten.

A. *Usucapio hereditatis.* Auf dem Vermögen ruhte die Last der Privatopfer, deren längere Unterbrechung Unheil brachte[1]; daher mußte rasch entschieden werden, wer Erbe und verpflichtet sei, die Forderung der Götter zu erfüllen. Waren *sui* da, so fiel diesen ohne Weiteres jene Pflicht zu; hatte der Testator *extranei* eingesetzt, so pflegte er diesen eine Deliberationsfrist vorzuschreiben[2]. Außerdem aber mußte auf anderem Wege die Entscheidung beschleunigt werden. Dies nun geschah durch das Institut der alten *usucapio hereditatis,* welche vor Allen den näheren Angehörigen des Verstorbenen (ohne Rücksicht auf Agnation) die Füglichkeit gab, die Situation zu ihrem Vortheil zu nützen, sich den Nachlaßbesitz zu verschaffen und mit Aussicht auf erbrechtlichen Erfolg zu sichern. So war thatsächlich dieses Institut eine Ergänzung der beschränkten agnatischen Erbfolge und gewiß oft auch eine Aushülfe in Fällen zweifelhafter Gültigkeit oder gar offenbarer Ungültigkeit des Testaments; es war aber zugleich eine Mahnung an den etwa vollberechtigten Erben[3], mit der Uebernahme des Nachlaßbesitzes und Vollziehung der *Sacra* nicht zu lange zu zögern und nicht einer Einmischung Dritter Raum zu geben[4].

Diese *hereditatis usucapio* ist neben der *rerum usucapio*, dem *usus* als Entstehungsgrund der *manus mariti* und neben der alten *servitutis usucapio* zu nennen. In ältester Zeit wurde sie mit der *mobilium usucapio* zusammen und somit auf einjährige Frist gestellt[5]; mit der *annua perseveratio in domo mariti* hatte sie das gemein, daß in beiden Fällen der Erwerb eines Vermögensganzen gegeben war; *servitutis usucapio* und *hereditatis usucapio* können zusammengestellt werden, sofern beide noch in der Zeit der Republik abgeschafft wurden.

Wie bei der *annua perseveratio uxoris* an deren Person, so knüpfte sich bei der *hereditatis usucapio* etwa an irgend ein Hauptstück des Nachlasses der Erwerb der *universitas* und Erbenqualität, und wer so allen Anderen zuvorkam, ward *heres ex asse;* gemeinsame Besitznahme machte *coheredes.* Dies dürfte die natürlichste Lösung der Frage seyn, doch weichen die Ansichten darüber beträchtlich ab. Leist[6] meint, der Werth der besessenen Sachen habe jedem Besitzer (nur) den entsprechenden Bruchtheil der *universitas* gegeben, was praktisch schwer durchführbar gewesen seyn dürfte; v. Scheurl[7] ist dagegen der Ansicht, der Besitz der *major pars bonorum* habe immer entschieden[8], was freilich gleichfalls nicht eine so einfache praktische Erledigung war, wie das Princip der Prävention, auf welcher überhaupt dieses ganze Institut ruht.

Jemehr nun der Kreis der Erbfolger auf die Cognation ausgedehnt, die Testamentssolennität vereinfacht, und die Sorge für die *Sacra* hintangesetzt

---

1) *Cic. de leg.* 2, 20. — 2) *Gai.* 2, 164. — 3) *Gai.* 3, 201.
4) s. Huschke Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. XIV. S. 205. — 5) *Gai.* 2, 54.
6) Die *bon. poss. I.* S. 27. — Leist meint, der Usucapient sei nur *velut heres* geworden (Glück's Comment. Forts. I. S. 172 ff.).
7) Beitr. zur Bearbeit. d. R. R. II. (1854) S. 48.
8) Dafür scheint allerdings zu sprechen, dass die *major pars* über das *onus sacrorum* (*Cic. de leg.* 2, 20) und über das *depositum cautionum hereditariarum* (*fr.* 5. *fam. herc.* 10, 2) entschied.

wurde: hörte die *hereditatis usucapio* auf, ein Lebensbedürfniß zu seyn. Es blieb im Wesentlichen nur Eine Rücksicht: die für die etwaigen Erbschaftsgläubiger, denen an baldiger Entscheidung der Erbfolge gelegen war, damit sie ihre Forderungen geltend machen könnten. Zu diesem Zweck aber — also seitdem nicht mehr Ansprüche der Götter, sondern der Menschen im Vordergrunde standen — bedurfte es nicht des Aufwandes eines so eminenten Rechtsinstituts mehr; es genügte als Sporn für den berufenen Erben, wenn ihm drohte, daß Andere durch einjährigen Besitz einzelne Nachlaßsachen erwerben und also der Erbschaft entziehen könnten. Dies war die ***usucapio rerum hereditariarum,*** welche nun an die Stelle jener *usucapio hereditatis* trat[1], in das System der einfachen *lucrativae usucapiones* gehörte[2], bis auf Hadrian in Geltung blieb[3], von Gaius als *improba usucapio* bezeichnet ward[4] und wohl zu unterscheiden ist von der redlichen *usucapio pro herede* des Justinianischen Rechts.

Jene alte *hereditatis usucapio,* zuerst durch Mucius Scaevola erschüttert[5], erscheint bei Cicero noch als anerkannt[6] und ist vielleicht durch Labeo's Autorität in der Theorie beseitigt worden[7], etwa zu derselben Zeit, zu welcher die Usualehe abkam[8]; wie tief sie aber in der Volksanschauung gewurzelt hatte, erkennen wir aus *Seneca*[9], welcher die Unterscheidung zwischen *hereditas* und *ea quae in hereditate sunt,* eine Spitzfindigkeit nennt[10].

B. *In jure cessio hereditatis*[11]. „Es ist Ein Grundgedanke, auf welchem die *usucapio pro herede* und die *in jure cessio hereditatis* beruhen: wenn weder ein durch Testament, noch ein durch Gesetz berufener Erbe sich der Erbschaft annehmen will, so kann Jeder Erbe werden, der sich selbst dazu machen oder von dem Berufenen dazu machen lassen will. Beide Institute sind im ausgebildeten Organismus des römischen Rechts absterbende Abnormitäten". So v. Scheurl[12]. Derselbe führt aber wohl dann die Uebereinstimmung zu weit fort, wenn er annimmt, daß *suis heredibus* gegenüber auch die *hereditatis usucapio* nicht Platz gegriffen habe; die *c. 2. de usucap. pro her.* (*7, 29*) handelt bloß von der späteren redlichen *usucapio pro herede.*

Jenen Interventionskarakter also theilen in der That beide Institute, allein sie unterscheiden sich darin, daß die *in jure cessio* nur betreffs einer *legitima hereditas* zulässig[13], und daß sie in dieser Anwendung noch zur Zeit des classischen Rechts praktisch war. *Hereditas in jure cessionem recipit; nam si is, ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, in jure eam alii ante aditionem cedat, i. e. antequam heres exstiterit, perinde fit heres is, cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset. Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in jure cedendo eam alii nihil agit*[14].

Der Grund dieser Beschränkung auf Intestaterben lag wohl darin, daß der letzte Wille eine intensivere Macht als der subsidiäre Wille des Gesetzes

1) *Gai.* 2, 54. — 2) s. Cursus § 504 sub b).
3) *Gai.* 2, 57; dazu *fr.* 1. 2. *expil. hered.* (47, 19). — 4) *Gai.* 2, 55.
5) *Cic. de leg.* 2, 19. — 6) *pro Flacco* 34; *ad Attic.* 1, 5; s. v. Scheurl *l. c.* II. S. 50. 51.
7) *fr.* 3. § 1. *de B. P.* (37, 1). — 8) s. Cursus § 773. — 9) *de benef.* 6, 5.
10) Vergl. Dernburg Gesch. u. Theorie der Compensation (2. Aufl.) § 15. S. 120.
11) Vergl. Pernice Labeo I. S. 338 ff. — 12) *l. c.* I. (1852) S. 94.
13) Aehnlich bei der *legitima tutela: Gai.* 1, 168.
14) *Gai.* 2, 35. 36; 3, 85; dazu *Ulp.* 19, 14. — Ueber *in jure cessio* seiten des *suus heres* s. *Gai.* 3, 78.

war[1], daß es auch als ein Widerspruch galt und fast einer Beschimpfung des Testators gleichkam, kraft letzten Willens über eine Erbschaft zu verfügen, ohne die persönliche Wirkung des letzten Willens und den Ehrenruf für sich zu acceptiren[2], endlich daß, wenn ein Testamentserbe nicht antrat, die Erbschaft normaler Weise an den Intestaterben gelangte, welcher also durch eine *in jure cessio* verdrängt worden wäre[3]. Der Grund des längeren Fortbestehens dieses Instituts aber lag wohl darin, daß es nicht bloß eine Art Ersatz für den Mangel der *successio graduum* im Civilrecht war und weniger anstößig schien, als die eigenmächtige *usucapio*, sondern auch vornehmlich darin, daß sie ein praktisch wichtiges Mittel war, schwierige Nachlaßregulirungen noch völliger, als es durch *hereditatis venditio* möglich war, von sich ab und auf fremde Schultern, z. B. eines Bankiers, zu wälzen[4].

Nach stattgefundenem Erbschaftsantritt[5] konnte weder der testamentarische noch der Intestat-Erbe einen Anderen anstatt seiner zum Erben machen, denn wer Erbe ist, bleibt Erbe; eine nachträgliche *in jure cessio* bewirkte nur Uebergang der Erbschaftssachen in des Erwerbers Eigenthum, und dieser ward nichts weiter als Singularsuccessor *inter vivos;* die Verbindlichkeiten blieben am Erben haften, die Forderungen gingen unter (*debita pereunt eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt*)[6]. Wegen dieses Nachtheils unterblieb die *in jure cessio*, und an ihrer Stelle ward einfache *venditio hereditatis* beliebt, wenn man sich in solchen Fällen die Nachlaßregulirung vom Halse halten, bez. erleichtern wollte. Der *Emtor hereditatis obtinebat vicem heredis*[7] und hatte die *impensae funeris* zu tragen[8]. Einzelnes konnte der Verkäufer sich reserviren[9], aber die Klagen der Erbschaftsgläubiger mußte er formell auf sich nehmen[10] und hatte nur dann den Regreß an den Käufer, *si ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat*[11]. Am häufigsten mag der Fiscus infolge der *lex Papia Poppaea* in dem Falle gewesen seyn, Erbschaftsmassen zu verkaufen; er erhielt daher das Privileg, daß er durch Verkauf auch der Schulden der Erbschaft ledig wurde, wie bei einer *sectio bonorum*[12].

## II.

## Die Incapacität und Indignität.

Zu § 839. 842] Die Ursachen der Incapacität und die der Indignität, sowie die Personen, welche aus jener und aus dieser Gewinn ziehen, sind verschiedene. Darin aber stimmen beide Kategorien überein, daß sowohl die *incapaces* als die *indigni* an sich erbfähig sind und ihnen nur zur Strafe versagt wird, die Zuwendung, sei es Erbtheil oder Vermächtniß, zu erwerben.

---

1) Aehnlich zeigt sich die intensivere Kraft des Testirwillens auch bei Vormundsernennungen; s. Cursus § 728.

2) Puchta Curs. d. Instit. III. § 313.

3) v. Scheurl Beitr. z. Bearb. d. R. R. I. S. 96 und Köppen System des röm. Erbrechts I. S. 325; anders Leist die *B. P.* I. S. 111 ff.

4) Vergl. Mommsen Röm. Gesch. (4. Aufl.) I. S. 856.

5) Wie konnte eine *hereditas nondum acquisita* Objekt einer Cession seyn? Formel der *vindicatio: ajo per legem ad hereditatem Titii me vocatum esse* oder *ad me ab intestato legitimo jure pertinere hereditatem.* Vergl. *Gai.* 2, 35.

6) *Gai.* 2, 35; 3, 85; dazu *Ulp.* 19, 14.

7) *fr.* 2. § 18. *de hered. vend.* (18, 5) und *Sev. Alex.* in *c.* 5. *de her. vend.* (4, 39).

8) Labeo in *fr.* 2. § 17. *eod.* Genaueres s. bei Keller Grundriss zu Vorles. S. 278.

9) *servum, aedes excipere: fr.* 2. § 12. 14. *eod.* — 10) *fr.* 44. *pr. de her. petit.* (5, 3).

11) *Carac.* in *c.* 2. *de her. vend.* (4, 39).

12) *fr.* 41. *de jure fisci* (49, 14); *c.* 1. *eod.*

Jedenfalls ist die *lex Julia et Papia Poppaea* die eigentliche Quelle beider Kategorien und Begriffe[1].

A. Incapacität. Die wichtigsten Fälle derselben wurden theils durch die *lex Julia*, theils durch die *lex Papia Poppaea*[2] eingeführt; andere kamen dann hinzu. Wir unterscheiden hiernach.

1) Zufolge der *lex Julia et Papia* sollte ein *Caelebs* gar nichts, ein *Orbus* nur die Hälfte von dem ihm letztwillig Zugewendeten (sei es als Erbe oder Legatar) erwerben dürfen, wofern er nicht binnen 100 Tagen nach Anfall der Zuwendung der gesetzlichen Anforderung des Eheschließens oder Kinderzeugens nachkam[3]. *Caelibes* im Sinne der *lex Julia* waren alle, welche weder *mariti* (*uxores*), noch *maritorum* (*uxorum*) *numero* waren, obgleich sie dies nach ihrem Alter hätten seyn sollen, d. h. vom 25., bez. (Frauen) 20. Lebensjahre an[4]. Die Ehe mußte den Karakter von *justae nuptiae* haben; ihr stand gültiges Verlöbniß gleich[5]. *Orbi* waren alle, welche, obschon sie im gesetzlichen Alter standen, keine *liberi secundum legem Juliam Papiamque quaesiti* hatten[6]; die genügende Zahl aber — dies ist vorherrschende, neuerdings aber wieder bestrittene Ansicht — sollte bei Männern Ein Kind, bei Frauen drei bez. vier Kinder seyn, um *solidi capacitas* zu gewähren[7]. Unter *Orbi* waren übrigens nicht schlechthin verheirathete Kinderlose zu verstehen, vielmehr konnte die Orbitätsfrage auch *caelibes* betreffen, denn Frauen sollten trotz ihrer Ehelosigkeit zwei bez. 1½ Jahre lang nach Auflösung der Ehe durch Tod oder Scheidung die Capacität nicht verlieren[8], und die *lex Papia* verlangte schon von einem früheren Alter an das Haben von Kindern, als die *lex Julia* das Heirathen[9].

Nach der gewöhnlichen (freilich nicht über alle Zweifel erhabenen) Ansicht waren jenen gesetzlichen Beschränkungen nicht unterworfen gewisse unter dem Ausdruck *conjunctae* zusammengefaßte Personen (s. g. *exceptae personae*), nämlich alle Cognaten bis zum 6. Grade einschließlich (*sobrino nati*), sowie die Affinen bis zu dem gleichen Grade, bez. alle Gewaltuntergebene solcher[10].

Außer den angeführten absoluten Incapacitätsgründen nimmt die herrschende Doctrin an, daß in jenen Gesetzen auch ein relativer aufgestellt worden, indem Ehegatten unter einander noch besonderen Beschränkungen unterstanden hätten; als Grund derselben dachte man sich einen ähnlichen, wie den des Verbots von Schenkungen unter Ehegatten: wofür freilich höchstens ein nachclassisches Zeugniß, die *c. un. § 2. C. Th. de infirm. poenis caelibatus et orbitatis* (*8, 16*) von Constantin, aufzubringen wäre; oder man vermuthete als Grund: daß gerade unter Ehegatten sich am leichtesten gegenseitige Berechnung, kinderlos bleiben zu wollen, denken lasse. Allein die besonderen Bestimmungen über Ehegatten erklären sich einfacher als Ausnahmen von dem Capacitätshinderniß, d. h. dadurch, daß die Ehegatten als

---

1) Vergl. Mühlenbruch in Glück's Commentar Thl. XXXVIII. S. 362 und Thl. XXXIX. S. 160.

2) Vergl. Cursus § 299. und Excurse S. 303.

3) *Gai.* 2, 111. 144. 286; *Ulp.* 17, 1. — 4) *Ulp.* 16, 1.

5) s. Hartmann, Zeitschr. f. Rechtsgesch. V. (1866) S. 223.

6) *Coll. leg. Rom. et Mos.* 16, 3. § 4. — 7) s. Hartmann S. 224. 235. — 8) *Ulp.* 14.

9) *Tertullian, Apol. c.* 4. — Was bedeutet der *solitarius pater* in der Titelrubrik bei *Ulp. fragm.* 13? einen nur Ein Kind habenden, oder einen verwittweten Vater? Ulpian ist hier lückenhaft. Vergl. Mühlenbruch in Glück's Commentar Thl. XXXIX. S. 160. 161. Anm. 1.

10) *fr.* 4. 5. *de testib.* (22, 5); *fr.* 6. *de grad.* (38, 10); *Vat. fragm.* § 158; 215—219. *Sozomenus hist. eccles. I*, 9. Vergl. Heineccius *Comm. ad l. Jul. et Pap. Popp. lib. II. c.* 21. § 3. Klenze die Cognaten u. Affinen nach R. R. (Zeitschrift f. gesch. Rechtswiss. VI.) S. 67 ff. 101 ff. 106 ff. Mühlenbruch *l. c.* S. 162—4 (Anm.).

mit zu den *exceptae personae* gehörig betrachtet wurden[1]. Der kinderlose Gatte konnte auf Grund der vormaligen Ehe jedenfalls ein Zehntel des ganzen Nachlasses seines verstorbenen Gatten (*decima bonorum*) definitiv und an einem Drittel den Nießbrauch erwerben, und hatte durch Ein lebendes gemeinsames Kind, oder durch zwei erst nach erreichter Dreijährigkeit, oder drei nach dem 9. Tage verstorbene Kinder die *solidi capacitas;* auch konnte er für jedes noch lebende Kind aus einer früheren Ehe, sowie für ein nach dem 9. Tage verlornes gemeinschaftliches Kind eine Decima erwerben[2]. Hierzu kam eine Art Fiction: ein gemeinschaftlich erzeugtes Kind galt für ein lebendes, wenn es erst nach eingetretener Mündigkeit verstorben oder doch noch nicht volle $1^1/_2$ Jahre seit seinem Tode verstrichen sind[3]. Dies ist das Kapitel *de decimis* oder s. g. *leges decimariae.* Außerdem war den Gatten *solidi capacitas* auch gegeben, wenn der Mann *absens* oder noch nicht ein volles Jahr wieder anwesend war[4]. „Constantin hat dann das Recht der *leges decimariae,* während er es scheinbar einfach fortbestehen ließ, in Wahrheit mit einem völlig anderen Karakter bekleidet. Denn indem die allgemeinen Regeln über die Strafen von Cälibat und Orbität aufgehoben sind, ist damit das, was bisher begünstigende Ausnahme war, zur beschränkenden Regel geworden, colorirt durch die Phrase: *quorum fallaces plerumque blanditiae vix etiam opposito juris rigore cohibentur*[5]. Erst damit sind Principwidrigkeiten und Inconsequenzen in das römische Recht gekommen, — Dinge, die zu dem allgemeinen Karakter dieser Gesetzgebung der schlechtesten Zeit ganz gut passen, die man aber nicht einer *lex* aus der Periode der frisch aufblühenden Jurisprudenz zutrauen kann. Sehr natürlich war es, daß schon Honorius und Theodosius[6] diesen haltlosen, principiell umgestalteten Rest des älteren Rechts beseitigten“[7].

Einige spätere *Scta* (*Pernicianum, Claudianum, Calvitianum*) stellten auch an die 50- und 60jährigen noch gewisse Anforderungen[8]. Einem durch das Mittel der Adoption ermöglichten Mißbrauch trat ein *Sctum Memmianum* entgegen[9].

2) Eine zweite Kategorie der *incapaces* fügte die *lex Junia Norbana* unter Tiberius (17 n. Chr.) hinzu durch die Bestimmung, daß auf unfeierliche Weise Freigelassene außer dem *commercium inter vivos* auch zwar die passive *testamenti factio* haben, aber doch in Betreff des Erwerbs letztwilliger Zuwendungen beschränkt seyn sollten; diese Beschränkung bestand darin, daß der *latinus* nur, wenn er innerhalb 100 Tagen nach dem Anfall der Zuwendung das volle *jus Quiritium* erlangte, erwerben durfte[10]. *Latinus Junianus, siquidem mortis testatoris tempore vel intra diem cretionis civis Romanus sit, heres esse potest; quodsi Latinus manserit, lege Junia capere hereditatem prohibetur*[11].

3) Domitian (81—96 n. Chr.) fügte eine weitere Kategorie hinzu, die *probrosae feminae*[12], d. h. namentlich Huren und Schauspielerinnen; diese sollten zufolge eines Rescripts Hadrian's nicht einmal aus einem *testamentum militis* erwerben[13]. Das Hinderniß des Erwerbs fiel weg, wenn die Honorirte zur Zeit des Anfalls der Zuwendung ihren ehrlosen Lebenswandel aufgegeben

1) Hartmann S. 229 ff. — 2) *Ulp. fragm.* 15 u. 16, 1. — 3) *Ulp.* 16, 1.
4) *Ulp* 16, 1. — 5) *c. un.* § 2. *C. Th. cit.* — 6) *c.* 2. *C. Th de jure lib.* (8, 17).
7) Hartmann *l. c.* S. 249. — 8) *Ulp.* 16, 3. 4. — 9) *Tacit. Ann.* 15, 19.
10) s. Cursus § 385.
11) *Ulp.* 22, 3; dazu 17, 1. — Vergl. v. Vangerow Ueb. die *latini Juniani* (1833) S. 110 ff.
12) *Sueton. Domit.* 8. — 13) *fr.* 41. § 1. *de test. mil.* (29, 1).

und durch kaiserliches Rescript die weiblichen Ehrenrechte wieder erlangt hatte[1]; für Schauspielerinnen wurde dieses letztere (formelle) Erforderniß dann durch Justinian beseitigt[2].

Das Schicksal der durch Incapacität des Honorirten erledigten Erbschaftstheile bestimmte sich nach den Regeln der Caducität. Was *caducum* oder *in causa caduci* war, sollte nämlich nicht auf dem Wege und nach den Regeln der Accrescenz oder successiver Delation an die anderweitigen Erben kommen, sondern als besondere Gunst den in demselben Testament bedachten Erben und Legataren, welche Kinder aufzuweisen hätten, subsidiär dem Aerar zufließen (*jus patrum caduca vindicandi*)[3]; zu Ulpian's Zeit war diese Gunst *ex constitutione Imperatoris* zu einem Monopol des Fiscus geworden[4].

Uebrigens gehörten nicht bloß die Incapacitätsfälle unter den Caducitätsbegriff, sondern namentlich auch noch folgende Fälle: a) Wegfall eines Collegatars beim Vindicationslegat und, wenn ein Damnationslegat *conjunctim* angeordnet war, auch bei diesem[5]; b) Tod oder *capitis diminutio magna* eines *heres voluntarius* (*extraneus*) *ex parte scriptus* oder eines Legatars nach dem Tode des Erblassers, aber vor Testamentseröffnung[6]. c) Ausfall der Bedingung, von welcher die Zuwendung abhängig gemacht war[7].

In allen Caducitätsfällen hatten zufolge der *lex Papia* Descendenten und Adscendenten des Erblassers bis zum 3. Grad das Vorrecht, daß, sofern sie nur selbst auch im Testament zu Erben eingesetzt waren, ihnen die etwaigen *caduca* zufließen sollten[8].

Die letzten Reste dieses ganzen Caducitätssystems, welches bereits von mehreren Kaisern durch Beseitigung der wichtigsten Incapacitätskategorien beträchtlich eingeschränkt worden war, wurden dann von Justinian beseitigt[9], unter Wiederherstellung des *jus antiquum* (Accrescenz und successive Delation). Doch ist damit der Incapacitätsbegriff nicht völlig aus dem Justinianischen Recht geschwunden, denn a) die Kategorie der *mulieres probrosae* blieb, nur daß deren Theile wahrscheinlich nicht mehr dem Fiscus, sondern den anderweitigen Erben zufließen sollten, und b) Justinian fügte neue Kategorien hinzu, indem er auch der Wittwe, die während des Trauerjahrs eine neue Ehe einging[10], den *libri naturales*[11], sowie dem *conjux binubus*[12], wofern der Testator außer ihnen noch rechtmäßige Descendenten hinterließe, nur eine beschränkte Capacität zugestand: die auf diese Weise erledigten Erbtheile sollten den anderweitigen Erben, bez. den rechtmäßigen Kindern zufließen[13].

B. Indignität. Auch in anderen Fällen konnten letztwillige oder gesetzliche Erbtheile und Vermächtnisse denen, welche darauf unter andern Umständen Anrecht gehabt hätten, vorenthalten werden, und es kommt auch

1) *c.* 23. *pr.*—§ 3. *de nupt.* (5, 4).
2) *c.* 33. *de episc. audientia* (1, 4). — Vergl. Mühlenbruch in Glück's Commentar Thl. XXXIX. S. 262—274.
3) *Gai.* 2, 206; *Ulp.* 1, 21; *fragm. de jure fisci* § 3; *Tac. Ann.* 3, 28.
4) *Ulp.* 17, 1. — 5) *Ulp.* 24, 12. 13.
6) *Ulp.* 1, 21; *c. un.* § 1. *de caduc. toll.* (6, 51). s. Cursus § 844 a. E. § 847. 852 a. E.
7) *c. un.* § 2. *eod.* — 8) *Ulp.* 18: *qui habeant jus antiquum in caducis.*
9) *c. un. de lat. libert. toll.* (7, 6); *c. un. de cad. toll.* (6, 51).
10) *c.* 1. *de sec nupt.* (5, 9). *Nov.* 22. *c.* 22. *pr.* § 1. — 11) *Nov.* 89. *c.* 12. § 1—3.
12) *Nov.* 22. *c.* 27. 28.
13) *c.* 1. *de secund. nupt.* (5, 9); *Nov.* 89. *c.* 12. § 2; *Nov.* 22. *c.* 27. — Vergl. Rudorff i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. VI. S. 397. Vering Röm. Erbrecht S. 275 ff. Gegen v. Vangerow Lehrbuch d. Pand. II. § 429. Anm. 2. s. Köppen System d. Erbrechts I. S. 301. Anm. 27.

für diese Fälle der Ausdruck vor: *capere non possunt*[1]; indeß unterscheiden sie sich wesentlich von der Incapacität im engern Sinne (s. oben sub A), denn der Grund der Indignitätsfälle ist ein andrer, als der der Incapacitätsfälle: er kommt nämlich auf den Gedanken eines moralisch verwerflichen Benehmens dessen, welchem aus einer Erbschaft Etwas zukommen sollte, hinaus, und dieser heißt deshalb *indignus*. Nicht in allen Fällen, welche zur Indignität gerechnet werden, tritt dieser Gesichtspunkt entschieden hervor; nicht bloß die Bestrafung des Bürgers, sondern auch der Vortheil des Fiscus sollte erzielt werden, und so geschah es, daß das Gebiet der Indignitätsfälle im Lauf der Zeit principlos ausgedehnt wurde. In einzelnen Anwendungen scheint man zwischen dem Gesichtspunkt der Incapacität mit Caducität und dem der Indignität mit Ereption geschwankt zu haben, so namentlich bei den verbotenen Ehen (des Tutor und der Provinzialmagistrate[2]) und bei den unehelichen Verhältnissen mit *probrosae*[3].

Die Indignität verhindert an sich nicht (wie die Incapacität) den Erwerb, aber infolge der dann eintretenden Ereption verliert der *indignus* das Eigenthum des ihm Angefallenen, die Forderungen und Schulden der Erbschaft werden ihm fremd, sowie er auch von den auf dem entrissenen Erbtheil lastenden Vermächtnissen in der Regel frei wird; er behält nur das *nomen heredis*[4] und die *jura sepulcrorum*[5]. Ereptionsberechtigt ist in den meisten Fällen der Fiscus. Die wichtigsten Fälle sind folgende.

1) Der Fiscus ist ereptionsberechtigt gegenüber dem, welcher den Tod des Erblassers durch Absicht oder Fahrlässigkeit verschuldet[6], die Anklage der Mörder desselben unterlassen[7], bei dessen Lebzeiten ohne Genehmigung einen Vertrag über die Erbschaft geschlossen[8], des Testators Rechtsfähigkeit oder letzten Willen angefochten[9], letztwilligen Absichten des Erblassers sich hindernd entgegenstellt[10], oder mit ihm wissentlich in verbotener Geschlechtsverbindung gelebt hat[11] u. s. w.

2) Substituten, Miterben, Legatare, Intestaterben sind ereptionsberechtigt gegenüber dem, welcher zum Erben eingesetzt die die Zuwendung belastende Auflage beharrlich verzögert[12], oder die vom Erblasser aufgetragene Erziehung eines unmündigen Kindes ablehnt[13], oder den Erblasser aus der feindlichen Gefangenschaft loszukaufen unterlassen hat[14] u. s. w.[15]

---

1) *fr.* 128. *de legat. I*; *fr.* 2. § 2. *de his quae ut indignis* (34, 9).
2) *Ulp.* 16, 2; *fr.* 128. *de leg. I.* — 3) *fr.* 14. *de his quae ut indignis* (34, 9).
4) *fr.* 43. § 3. *de vulg. et pup. subst.* (28, 6). Vergl. dazu oben (Excurse) S. 383.
5) *fr.* 33. *de relig.* (11, 7).
6) *fr.* 3. *de his quae ut ind.* (34, 9). — 7) *fr.* 21. *eod.* — 8) *fr.* 2. § 3. *eod.*
9) *fr.* 9. § 2; *fr.* 5. § 1—19. *eod.* — 10) *fr.* 19 *eod.* — 11) *fr.* 13. 14. *eod.*
12) *Nov.* 1. *c.* 1. 4. — 13) *fr.* 1. § 3. *ubi pupill. educ.* (27, 2).
14) *Nov.* 115. *c.* 3. § 13.
15) Ausführliche Zusammenstellungen aller Fälle s. Mayer Erbrecht § 140 ff. v. Vangerow Pand. II. § 565. Arndts Pand. § 520. 557. v. Keller Grundriss zu Vorlesungen über Institut. (1854—58) S. 390—419.

# XCV. Kapitel.

## IV. Die Successionsmomente.

(Zu § 841–857.)

### Die *hereditas jacens* und die Retrotractivkraft des Erbschaftsantritts[1].

Zu § 848] A. Das in neuerer Zeit mehrfach angefochtene Dogma von der *hereditas jacens* hat sich, wie es scheint, bei den Römern nur allmählich entwickelt und nicht ohne Mühe in der Jurisprudenz derselben festgestellt; es ist eines der spätesten Dogmen des classischen römischen Rechts und doch in der Nationalanschauung der Römer tief begründet, ja es bildet den eigentlichen und nothwendigen Schluß der antiken Erbrechtsidee, welche die zwar dunkle, doch nicht ganz hinwegzuläugnende Vorstellung von einem geistigen Fortleben des Erblassers enthält. Gleichwie die ökonomische Vermittelung und Continuität der Generationen eine schwierige Aufgabe des Lebens ist, so ist auch das Problem ihrer juristischen Gestaltung und Formulirung eines der schwierigsten im Recht. Diese Schwierigkeit ist principiell in jedem Erbfall die gleiche, sie tritt nur da recht frappant hervor, wo im Augenblick des Ablebens des Erblassers die Person des Erben noch nicht bestimmt ist. Wie kann ein Vermögen als ideelles Ganzes zusammengehalten werden, so daß es sammt Forderungen und Schulden auf den Erben, auf den im Augenblicke vielleicht noch ganz ungewissen, erst künftig sich ergebenden Erben, übergeht? Nur mittels der Idee, daß des Erblassers Wille, welcher bei Lebzeiten das Vermögensganze zusammengehalten hat, als fortwirkend, d. h. als fortexistirend angenommen wird. Diese Annahme der Fortexistenz befindet sich nun allerdings insofern im Widerspruch mit der Wirklichkeit, als ein irdisch nicht mehr vorhandener Wille doch irdisch noch fortwirken, und also eine dem Irdischen entrückte Person als noch irdisch präsent gelten soll. Solches kann nur auf Grund einer Fiction geschehen: daher ist die *hereditas jacens* ein fingirtes Individuum, nämlich die fingirte Person des Erblassers. Ohne diese Fiction gibt es keine erbrechtliche Universalsuccession.

Wir treffen im römischen Recht verschiedene Anwendungen des Begriffs der Universalsuccession auf den Verkehr unter Lebenden: die *conventio in manum mariti*, die *arrogatio*, die *bonorum emtio* im Concurs. Von diesen war aber nur die letztere eine reine Anwendung des Begriffs, die anderen wichen ab, weil sie mit einer *capitis diminutio* verbunden waren. Ferner ist zu berücksichtigen, daß in jenen ersten zwei Fällen die Universalsuccession nur Folge eines anderen, eigentlich bezweckten Rechtsverhältnisses, und auch, eben wegen der *capitis diminutio*, nur von unvollkommener Wirkung, und daß sie im dritten Fall bloßes Mittel zum Zweck (Zweck des Verkaufs und der Zerschlagung) war. Nur in der erbrechtlichen Anwendung erscheint die Universalsuccession als Selbstzweck und in vollkommener Wirkung. Jene durften also nicht ohne Weiteres zum Vorbild für das Erbrecht genommen werden, am wenigsten die *conventio in manum mariti* und *arrogatio*.

Das Civilrecht nahm daher im Erbrecht einen wesentlich anderen Ausgangs- und Standpunkt ein, gemäß der Volksanschauung, daß der Erblasser

---

1) s. Cursus § 875 sub 2). § 859. Excurse S. 369. 370. Dazu Pernice Labeo I. S. 358 ff.

nicht eigentlich, oder nicht völlig untergehe; in ähnlicher Weise verweist Gaius wegen des Schwesterdogmas von der Retrotractivkraft des Erbantritts[1] auf die Volksanschauung[2]. Das Recht gründete sich nicht in die Luft, sondern in jene Volksanschauung, indem es den Tod nicht auf gleiche Linie mit der *capitis diminutio* stellte, d. h. den Tod eben nur als einen natürlichen Proceß, nicht als einen juristischen Tod auffaßte. Der ursprünglich wichtigste Folgesatz dieser Auffassung war der, daß die *Sacra* bestehen blieben und mit dem Familiengut auf den Erben übergingen. Während bei der *conventio in manum mariti* und *arrogatio* die *Sacra* untergingen, gingen sie beim Tode über; civilistisch lebte der *defunctus* fort, waltend im Vermögen, durch dieses immer noch den Göttern dienend und mit ihnen durch seinen Erben in Verbindung und Verkehr verbleibend. Das nachher von der classischen Jurisprudenz ausgearbeitete Dogma von der *hereditas jacens* ist also nur die wissenschaftliche Formel für eine auf nationaler Anschauung beruhende alte Tradition[3]. Neben die Verbindlichkeit gegen die Götter stellte sich die Verbindlichkeit gegen die Menschen; so gelangte das römische Recht frühzeitig zu dem, wodurch es vor anderen Volksrechten sich so eminent auszeichnet: zu dem Satze, daß der Nachlaß mit Forderungen und Schulden übergehe auf den Erben. Es mag aber auch eben damit jener bedeutsame und auf andere Weise kaum recht erklärliche Satz des römischen Erbrechts zusammenhängen, daß, wer einmal den Karakter eines Erben angenommen, ihn nicht wieder verlieren könne (*semel heres, semper heres*[4]); dieser Satz hat einen Sinn nur, wenn die Anschauung zu Grunde liegt, daß die Persönlichkeit des Erblassers selbst eine gewisse Verbindung mit der Persönlichkeit des Erben eingehe.

Die *successio heredis in bona defuncti* unterscheidet sich also von der durch *conventio in manum mariti* vollzogenen Universalsuccession und nähert sich der concursmäßigen *bonorum emtio*. Sollte nicht dem Prätor, als er diese *bonorum emtio* einführte[5], die testamentarische *familiae emtio* vorgeschwebt haben? Der Concurs war doch gleichsam ein Tod bei lebendigem Leibe[6], denn er war eine Entblößung von aller irdischen und sinnlichen Ausstattung der Person, aber eine *capitis diminutio* erfolgte hier so wenig, wie durch den Tod. Sodann glich auch die Zeit von Eröffnung des Concurses bis zu dem Eintritt eines *bonorum emtor* in mancher Beziehung dem Schwebezustand der *bona defuncti* bis zum Antritt des Erben[7].

Jenes Dogma von der *hereditas jacens* wird nun aber in allerneuester Zeit unter dem Gesichtspunkt, daß es auf einer bloßen und blassen Fiction ruhe und überhaupt entbehrlich sei, wenn man den Vermögensbegriff freier construire, angegriffen. Sein eifrigster Gegner ist Köppen. Zwar wenn derselbe[8] die ruhende Erbschaft mit den *bona absentis* vergleicht, so können wir

---

1) s. Cursus § 859. — 2) *fr.* 28. § 4. *de stip. serv.* (45, 3).

3) Ballhorn-Rosen zur Vorgeschichte d. R. R. (1853) S. 7. 8. — „Ein jedes Haus ist ein Heiligthum für sich. In ältester Zeit begrub man im Hause die Todten, wahrscheinlich im *hortus*; *Serv. Virg. Aen.* 5, 64: *sciendum, quia etiam domi suae sepeliebantur; unde orta est consuetudo, ut dii penates colantur in domibus.* Dazu *Isidor. Orig.* 15, 11. Denn auch der Tod löst die Bande der Haus- und Geschlechtsgemeinschaft nur äusserlich. Die geschiedenen Geister verbleiben als *dii manes* im Bereich des Hauses; als *lares* (d. h. als Herren) wachen sie darüber, dass Alles mit rechten Dingen zugehe. Der *lar familiaris* ist der Ahnherr des ganzen Hauses. Keine Mahlzeit wird begangen, bevor nicht ein Theil der Speise in die Flamme des Herdes geschüttet als Gabe für die Geister. Sie nehmen Theil an Allem, was in Freud und Leid die Hausgenossenschaft trifft. So leben und weben die Todten im Hause fort“. H. Nissen d. Templum (1869) S. 147.

4) s. Cursus § 861. — 5) s. Cursus § 274—6.

6) *Gai.* 4, 35: *actio Serviana, quasi heres.*

7) Vergl. Ihering Abhandlgn. a. d. R. R. (1844) S. 162 ff. und v. Scheurl Beiträge z. Bearb. d. R. R. (1852) I. S. 33.

8) System des röm. Erbrechts I. S. 202.

das auch von unserem Standpunkt aus allenfalls acceptiren, indem wir sagen: der *defunctus*, dem Irdischen entrückt und im Orcus weilend, sei doch kein völliges Nichts, sondern eben wie ein Entfernter und Abwesender, sein Wille wirke als lebendige Potenz fort[1], und auf seine Person werde zurückgeblickt, wenn es sich um die Vermögensbewegung der *hereditas jacens* handelt. Wie vermöchte eine Kraft zu wirken, wenn sie nicht mehr existirte? Wie könnte mit reeller Bedeutung auf eine Existenz zurückgeblickt werden, welche als vollständig vom Schauplatz des Rechtslebens verschwunden und beseitigt gälte? Auch Köppen[2] sagt, die Erbschaft müsse noch von der Rechtsfähigkeit des Erblassers beherrscht werden; aber herrschen kann doch nur ein Etwas, welches noch ist, denn Herrschen ist ein potenzirtes Seyn, ein wirkendes Leben, ein reelles Hinüberwirken auf reelle Verhältnisse. Herrschen kann nur ein Herrscher, und wer kann hier der Herrscher seyn, wenn nicht der *defunctus* als *dominus superstes?* Mit den römischen Juristen, welche in häufig wiederkehrenden und variirenden Wendungen der *hereditas jacens* eine Persönlichkeit unterlegen, sucht Köppen[3] sich dadurch abzufinden, daß er sagt, das seien nur bildliche Ausdrücke für den abstracten Satz: *hereditas juris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit;* die *hereditas* sei in sich und durch sich selbst ein ideelles Ganzes, und ein Subjekt dafür sei überflüssig und werde auch von Labeo[4] und Gaius verneint[5], von Javolen wenigstens nicht gefordert[6]. Letzterer bemerkt: *inter hereditarium servum et eum, qui pro derelicto habetur, plurimum interest, quoniam alter hereditatis jure retinetur, nec potest derelictus videri, qui universo hereditatis jure continetur;* aber offenbar will der Jurist damit sagen, daß der *hereditarius servus* nicht in demselben Sinne ein *servus nullius* sei, wie der derelinquirte, denn er erhalte seine Stellung durch seine Beziehung auf das *universum hereditatis jus;* worin dieses *hereditatis jus* bestehe, gibt er gar nicht an; die Stelle also, wenn sie auch den *defunctus* nicht ausdrücklich nennt, kann doch keinesfalls für die Subjektlosigkeit der Erbschaft angeführt werden. Mag seyn, daß Javolen ebenso, wie Gaius, noch schwankte; wir wissen ja, daß erst um diese Zeit und vornehmlich durch Javolen's Schüler, Julian, das Dogma von der *hereditas jacens* seinen wissenschaftlichen Abschluß fand[7].

Köppen meint, es sei nur ein Bild, wenn von Julian und Anderen der *defunctus* als Subjekt der *hereditas* bezeichnet werde; er verwirft es also; und was substituirt er? ein Nebelbild. Sehen wir zu! Rechte könnten, so meint er[8], auch ohne daß sie einem Subjekt zustehen, bestehen. Aber wie kann es Rechte ohne Berechtigte geben? Es gäbe, fährt er fort, Vermögensverhältnisse, die ebensowenig zu ihrer Existenz, wie zu ihrem Erwerb ein physisches Subjekt voraussetzten, *ipso jure* in das Vermögen des Menschen kämen und unmittelbar dem Vermögen erworben würden[9]. Aber ist das ein logischer Schluß: weil Rechte ohne Handeln des Subjekts diesem erworben werden können, so können auch Rechte

1) *Ex persona defuncti vires assumit: fr.* 33. § 2. *de acq. dom.* (41, 1).
2) *l. c.* S. 210. — 3) *l. c.* S. 208. 213. — 4) *fr.* 15. § 5. *quod vi aut clam* (43, 24).
5) *Gai.* 2, 9; *fr.* 1. *pr. de div. rer.* (1, 8).
6) *fr.* 36. *de stip. serv.* (45, 3). Die sonst noch von Köppen (S. 205. Anm. 10) angeführten Stellen dürften ihm schwerlich auch nur den Schein eines Rückhalts gewähren. Gegen Köppen's Materialbegriff des Vermögens und die darauf gegründete Erbfolgetheorie vergl. auch *c.* 1. *si certum pet.* (4, 2). Die Entwickelung bei Pernice (Labeo I. S. 358 ff.) halte ich nicht für zutreffend.
7) Vergl. Ihering Abhandlgn. aus d. R. R. S. 196. — 8) *l. c.* S. 206.
9) Köppen *l. c.* S. 206.

ohne Subjekt entstehen und (wem?) erworben werden? offenbar ist hier die Existenz des Rechts mit dem Erwerbsakt, die Existenz des Subjekts mit dem Handeln des Subjekts verwechselt. Forderungen hingen, so sagt er weiter, nicht an der Person, in welcher sie entstanden, denn sie seien Rechte nicht an der Handlung des Schuldners, sondern an deren Geldwerth, oder am Vermögen des Schuldners als *universitas*[1]; aber wenn das wahr wäre, so müßte der Gläubiger sich den Vorwegabzug aller übrigen Schulden seines Schuldners gefallen lassen, was zu innerem Widerspruch führt. Das Vermögen verträte, so bemerkt er endlich, bei dem *ipso jure*-Erwerb und bei der *hereditas jacens* gleichsam die Stelle der physischen Person[2]; aber ist das ein klarer Ausspruch? Der Satz: *hereditas defuncti personam sustinet*, sagt in gerader Linie, was von Köppen in krumme Linie gekehrt wird. Das ist so wenig ein Fortschritt, so gewiß es ein Fortschritt war, als, nachdem die alte Doctrin der Römer die *hereditas jacens* neben *res nullius* gestellt, dann die *hereditas* selbst als *domina* bezeichnet und geschwankt hatte, ob des Erben oder des Erblassers Persönlichkeit als die Seele der Hinterlassenschaft zu betrachten sei, endlich Julian's Autorität entschied: *Quoties servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires assumit, ut Juliano placet; cujus et valuit sententia, testantis personam esse spectandam opinantis*[3]. Ebenso entschieden erklärt sich Florentin[4] dafür: *servo hereditario recte legatur, licet ea adita non sit, quia hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur*[5]; und selbst Gaius erhebt sich, allerdings mit gewisser Vorsicht, zu diesem ihm fast zu genialen Dogma: *hereditarium servum ante aditam hereditatem ideo placuit, heredem institui posse, quia creditum est, hereditatem dominam esse, defuncti locum obtinere*[6]. Zu Ulpian's Zeit ist kein Zweifel mehr: *hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis juris civilis comprobatum est*[7]. Wer möchte da, nach solcher Entwickelung und Angesichts solcher Aussprüche, bloß ein Spiel mit Bildern finden?! Der Satz, daß die *hereditas* selbst *domina* sei, war offenbar nur eine dogmatische Vorstufe; sie ließ einen großen Theil praktischer Fragen ungelöst; sie gab gleichsam das Gewand ohne den Körper, die Maske ohne die Person; und nicht bloß das, sondern sie war auch in ihrer Unfertigkeit gefährlich, denn sie lenkte unwillkürlich das Auge auf den zukünftigen Erben, in dessen Interesse vornehmlich das Vermögen als Einheit mit allen zugehörigen Rechten und Pflichten zusammengehalten wurde; sollte nun dessen Individualität die maaßgebende seyn? eben dies mußte verneint werden, und die Verneinung in einem positiven Rechtssatze Ausdruck finden. Alles aber würde in Nebel bleiben, wenn nun nicht das Dogma ausgebildet worden wäre, welches von Köppen ein bloßes „Bild“ für die „Anschaulichkeit“ genannt worden ist. —

B. Das Dogma von der *hereditas jacens* genügt übrigens, so wichtig es ist, nicht, um alle Bedürfnisse des Zwischenzustands zu befriedigen; in gewissen Fällen muß die Person des Erben, auch schon bevor er bestimmt und der Antritt erfolgt ist, maaßgebend seyn, und diese Möglichkeit ist civilistisch auf keinem anderen Wege, als durch das Continuitätsdogma[8] erreichbar, wel-

1) *l. c.* S. 246. — 2) *l. c.* S. 207. — 3) *fr.* 33. § 2. *de acq. dom.* (41, 1).
4) In *fr.* 22. *de fidej.* (46, 1) sagt er nur: *hereditas personae vice fungitur.*
5) *fr.* 116. § 3. *de legat. I.*
6) *fr.* 31. § 1. *de her. inst.* (28, 5). Vergl. Ihering Abhdlgn. aus d. R. R. S. 206.
7) *fr.* 34. *de acq. dom.* (41, 1). — 8) *cf.* Cursus § 859.

ches von Florentin so formulirt ist: *heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur*[1]. Es handelt sich hier um Retrotraction der Wirkungen des Erbschaftsantritts. Ein solcher Fall lag vor, wenn ein Erbschaftssklave eine Stipulation im Namen des künftigen Erben geschlossen hatte; ob dies angehe, war eine lange erwogene Streitfrage, wie uns Gaius[2] erzählt: *Illud quaesitum est, an „heredi futuro" servus hereditarius stipulari possit. Proculus negavit, quia is eo tempore extraneus est. Cassius respondit, posse, quia, quod postea heres exstiterit, videretur ex mortis tempore defuncti successisse. Quae ratio illo argumento commendatur, quod heredis familia ex mortis tempore funesta facta intelligitur, licet post aliquod tempus heres exstiterit; manifestum igitur est, servi stipulationem ei acquiri.* Modestin endlich erkennt dies ohne Umschweif an: *servus hereditarius et heredi futuro et hereditati recte stipulatur*[3].

Beide Dogmen, das von der *hereditas jacens* und das von der Rückwirkung des Erbschaftsantritts, ruhen, wie wir gesehen haben, auf nationalen Grundanschauungen; das Dogma ist in beiden Fällen identisch mit dem Volksrechte. Beide Dogmen sind nur langsam zur Abklärung gekommen; hätte die Juristenwelt einfach und ohne Erörterung die Sätze des Volksrechts hingenommen, so würden sie nicht so hell geworden und so scharf begrenzt seyn, wie sie im classischen Recht vorliegen, welches auch hier ein Resultat mühsamen und fortgesetzten Ringens des juristischen Geistes ist[4]. Beide Dogmen sind erst in der Zeit der classischen Juristen, das Dogma von der *hereditas jacens* nicht vor Julian (unter Hadrian), das Dogma von der Rückwirkung des Erbschaftsantritts nicht vor Florentin (unter Severus Alexander?), zur allgemeinen Geltung gekommen. Wahrscheinlich sind auch hier die allerersten Anfänge des dogmengeschichtlichen Doppelfadens in demselben Juristen zu suchen, aus dessen Kopfe so viele bedeutende Impulse hervorgingen, in Labeo[5]. Ist dies aber richtig, so füllt die Geschichte beider Dogmen einen Zeitraum von zwei Jahrhunderten aus. Solide Ideen reifen langsam.

## XCVI. Kapitel.

### V. Die Successionswirkungen.

(Zu § 858–864.)

### I.

### *Domestica hereditas*[6].

Zu § 850] Der Gedanke, daß die *familia* eine Schöpfung des *paterfamilias*, und er daher auch Herr über das Schicksal derselben nach seinem Tode sei, daß also der Erbe, welcher den Erblasser dann zu repräsentiren hat, was er von diesem erhält, auch durch ihn erhalte, — ist ein Gedanke von ungemeiner Energie. Ist er einmal im Rechtsbewußtseyn des Volks zum Durchbruch gekommen, so kann ihm das Princip der naiven Familienordnung nicht

---

1) *fr.* 54. *de acq. her.* (29, 2). — 2) *fr.* 28. § 4. *de stip. serv.* (45, 3).

3) *fr.* 35. *de stip. serv.* (45, 3). Vergl. hierzu Ihering Abhandl. aus d. R. R. S. 168 ff. 212 ff. und gegen ihn v. Scheurl Beitr. z. Bearb. d. R. R. I. S. 11. 49 ff. 61 ff. 86 ff.

4) s. v. Scheurl I. S. 73. — 5) s. v. Scheurl S. 56. 57.

6) Vergl. Cursus § 91. 145. 883.

auf die Dauer widerstehen. Wie ein durchbrochener Damm erliegt das alte Princip dem heftigen Strome Stück für Stück, und bald stehen die Reste wie Ruinen da.

Im Großen und Ganzen herrscht in der geschichtlich aufgehellten Zeit des römischen Rechts der letztwillige Delationsgrund über dem gesetzlichen vor; dieser gilt nur als der subsidiäre, der Erblasser heißt gewöhnlich schlechthin *testator,* die gesetzliche Erbfolge *successio ab intestato;* die Principien der testamentarischen Erbfolge werden maaßgebend für das ganze System des Erbrechts. Der testamentarischen (Vulgar-) Substitution ahmt die gesetzliche *graduum successio* des prätorischen Edikts, der *Quarta Falcidia* bei Testamenten ahmt der gesetzliche Pflichttheil der Querelberechtigten nach. Die erbrechtliche Singularsuccession ist nur im Bereich des Testaments zur vollen Ausbildung gelangt, während sie im Bereich des gesetzlichen Erbrechts nur schüchtern und verdeckt auftritt[1]. Alle schöpferische Freiheit des Rechtssinns der Römer scheint sich auf das Gebiet der letztwilligen Erbfolge geworfen zu haben; hier treffen wir eine außerordentliche Mannichfaltigkeit von Gestaltungen, gegen welche die karge Einfachheit der Intestaterbfolge beträchtlich absticht. So spielt selbst noch in der classischen Zeit das Intestaterbrecht im Leben und in der Theorie der Römer eine untergeordnete Rolle, und in dieses System ragen jene Reste des ältesten Rechts eben nur wie Ruinen herein.

Der interessanteste dieser Reste ist das System der *sui heredes*[2], worüber Gaius (*2, 157*) sagt: *Sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum; necessarii vero ideo dicuntur, quia omnimodo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quâm ex testamento heredes fiunt.* Wir treffen denselben Gedanken außerdem öfters an; so in dem Ausspruche Papinian's: *ad bona parentum liberos naturae votum admittit*[3]. Ulpian sagt: *largius tempus parentibus liberisque petendae bonorum possessionis tribuitur, in honorem sanguinis videlicet, quia arctandi non erant, qui paene ad propria bona veniunt*[4]*;* also auch dem Prätor schwebte dieser Gedanke vor, welcher bei Gaius in folgender Anwendung wiederkehrt: *paternos libertos recte videmur dicere nostros libertos*[5]*,* und von Paulus mehrfach[6] bestätigt wird; z. B. wenn er sagt: *In suis heredibus adeo a morte testatoris rerum hereditariarum dominium continuatur, ut nec tutoris auctoritas pupillis, nec furiosis curator sit necessarius*[7]. — *Cum ratio naturalis quasi lex quaedam tacita liberis parentium hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et in jure civili suorum heredum nomen iis inductum est, ac ne judicio quidem parentis, nisi meritis de causis, summoveri ab ea successione possunt: aequissimum existimatum est, eo quoque casu, quo propter poenam parentis aufert bona damnatio, rationem haberi liberorum, ne alieno admisso graviorem poenam luerent, quos nulla contingeret culpa*[8].

In dieser Weise brachte es eine Anschauung, welche durch das Uebergewicht des Testaments niedergedrückt in der Intestatsuccession nur subsi-

---

1) s. Cursus § 882. — 2) s. Cursus § 91. 145. 850.
3) *fr.* 7. § 1. *si tabulae* (38, 6). — 4) *fr.* 1. § 12. *de success. ed.* (38, 9).
5) *fr.* 58. § 1. *de V. S.*
6) namentlich in *fr.* 11. *de lib. inst.* (28, 2): *cf.* Cursus § 850.
7) *Sent. rec.* 4, 8. § 6. — 8) *fr.* 7. *de bon. damnator.* (48, 20).

diär zur Geltung kam, an Einem Punkte zu einer primären Gestalt; die sorgfältige Ausbildung des Präteritionsverbots[1] stand gleichfalls im Dienste dieses Gedankens, und das Centumviralgericht spann denselben dann im Geiste einer neuen Zeit weiter[2]. Aber zu klaren und festen Principien ist auch das spätere Recht nicht gelangt; es läßt sich nur sagen, daß in der nachclassischen Zeit, unter dem Einflusse des den Familiensinn neu befruchtenden Christenthums, das System des Intestaterb- und Pflichttheilsrechts schrittweise wieder in den Vordergrund tritt. Aus diesem allgemeinen Zuge heraus sind auch folgende mehr einer Phrase, als einem Principe gleichenden Aussprüche Justinian's zu betrachten, die ehemals viel zu respectvoll angesehen wurden und neuerdings im Gegentheil wieder gar zu verächtlich bei Seite gelegt werden: *Ei, qui tuo juri subjectus est, si stipulatus sis, tibi acquiris, quia vox tua tanquam filii sit, sicuti filii vox tanquam tua intelligitur in his rebus, quae tibi acquiri possunt*[3] — *Natura pater et filius eadem esse persona paene intelliguntur*[4]. — Unserem heutigen Rechtsbewußtseyn ist die Aufgabe geblieben, das Familien- und das Testirprincip in das rechte Gleichgewicht zu setzen. Von Neuem tritt für die Rechtspolitik die Frage in den Vordergrund, ob wir das Suitäts- oder das Aditionsprincip unserem Erbfolgesystem zu Grunde legen wollen.

## II.

## *Transmissio hereditatis.*

Zu § 852] A. *Transmissio hereditatis* im Sprachgebrauch der Quellen ist Uebergang des Rechts, eine erst deferirte Erbschaft anzutreten, auf Andere, namentlich auf die Erben des (eigentlichen) Delaten. Diese Transmission ist ein Gedanke des kaiserlichen *jus extraordinarium*[5], dem antiken Recht im engern Sinne war sie fremd: ganz natürlich, denn es lag in ihr ein Bruch mit dem Aditionsprincip, d. h. mit dem Gedanken, daß der *extraneus* (*voluntarius heres*) nur infolge seines persönlichen Entschlusses Erbe werde und ohne diesen Entschluß die *delatio hereditatis* unwirksam bleibe. Neben dem auf diesem Princip beruhenden Erbsystem stand das Suitätsprincip des *ipso jure* Erbewerdens; da nach diesem Princip Delation und Acquisition zusammenfielen, verstand es sich von selbst, daß immer nach dem Tode des *suus heres* dessen Erbe die fragliche Erbschaft, die ja bereits Bestandtheil des Vermögens des *suus heres* geworden war, erwarb. Die s. g. *transmissio ex jure suitatis* ist daher ein Vorgang, welcher gar nicht auf einem neuen Rechtssatze beruht und nicht die Natur der Transmission hat.

Es sind — abgesehen von dieser s. g. *transmissio ex jure suitatis* — drei Gruppen von Rechtssätzen; welche unter dem Begriffe der erbrechtlichen Transmission zusammengefaßt werden, zu unterscheiden:

1) Die *transmissio ex capite in integrum restitutionis* im eigentlichen und ursprünglichen Sinne, welche noch dem antiken System angehört und mit den Mitteln des *ordinarium jus* zu construiren ist;

2) Die s. g. unächten Fälle[6] der *transmissio ex capite restitutionis* auf Grund einiger Constitutionen des Antoninus Pius und Marc Aurel, sowie der folgenden Jurisprudenz, namentlich Papinian's;

1) s. Cursus § 835. 886. — 2) s. Cursus § 887.
3) § 4. *J. de inutil. stip.* (3, 19). — 4) c. 11. *de impub. substit.* (6, 26).
5) s. oben (Excurse) S. 383 sub 15.
6) so Göring i. Iherings Jahrbb. f. d. Dogm. XV. (1877) S. 140. 144.

3) Die durch Theodosius II. und Justinian ausgebildete Transmission zu Gunsten a) des Erben des Delaten und b) des Vaters des Delaten; dieselbe kommt im Grunde auf einen Umsturz des alten Aditionsprincips hinaus.

Zu 1) Die *transmissio ex capite restitutionis* ruht noch ganz auf der Basis des republikanischen, bez. prätorischen Rechts, denn hier wird vorausgesetzt, daß die ordentlichen Erfordernisse der Restitution in der Person des Berufenen vorlagen, und das Rechtsmittel der *in int. rest.* zu dessen Erbschaft gehört; der Transmissar erwirbt es daher mit der übrigen Erbschaft [1]. In Fällen dieser Art ist die Erbschaft, welche transmittirt wird, in Wahrheit gar nicht mehr (dem Transmittenten) deferirt.

Zu 2) Anders ist der Fall beschaffen, in welchem Antoninus Pius dem Vater das Recht, die Erbschaft zu erwerben, ertheilt, wenn der Sohn, welchem sie deferirt war, vor Antritt oder vor Ablauf der Agnitionsfrist [2] gestorben ist [3], und der Vater, dessen Befehl oder Genehmigung zur Wirksamkeit der Erwerbserklärung erforderlich war, durch *absentia reipublicae causa* verhindert ist, die Genehmigung vor dem Tode des Sohnes auszusprechen [4]. Solchenfalls würde der Vater die Erbschaft *stricto jure,* wie Papinian sagt, einbüßen, ohne daß der Sohn eine Läsion erfuhr, weil der Erbschaftserwerb nicht perfect geworden [5]; aber der Princeps kam zu Hülfe mit der Fiction, daß der Vater noch vor des Sohnes Tod genehmigt habe [6].

Daneben sind zwei andere Fälle zu nennen, in welchen durch Marc Aurel Erbschaftserwerb eingeführt wurde.

a) „Das *Sctum Silanianum* verbot dem Erben eines Ermordeten, die Erbschaft eher anzutreten, bevor die Sklaven des Erblassers, welche mit ihm unter Einem Dach gewesen, gefoltert waren. Verstarben die Erben also früher, so war nach strengem Rechte die Erbschaft für sie und ihre Erben verloren. Dies erschien unbillig, und daher wurden die Erbschaftsklagen den Erbeserben als *utiles* noch gewährt, d. h. die Erbeserben konnten die ihrem Erblasser angebotene Erbschaft noch geradeso erhalten, als habe letzterer dieselbe erworben“ [7]. —

b) Die Patronstochter, welche im Testament des Freigelassenen eingesetzt ist, weiß nicht, daß dieses Testament falsch ist, und sie also nicht *ex testamento*, sondern *ab intestato* hätte antreten müssen; ihr Antretungsakt war folglich nach strengem Recht nichtig, aber Marc Aurel gab ihren Erben noch das Recht auf ihre Intestatportion [8].

Diesen kaiserlichen Fällen fügte die Jurisprudenz folgende Fälle hinzu: a) der eingesetzte *Avitus* ist *intra diem agnitionis* verstorben, ohne die von seinem Procurator agnoscirte *B. P.* ratihabirt zu haben, und hat also die Erb-

1) *c. 1. de rest. mil.* (2, 51). Hier „liegt in Person des Valerianus der Restitutionsgrund der *absentia reipublicae causa* vor; da er deren halber die Frist zur Agnition der *B. P.* versäumte, so ist er lädirt, indem nach Ablauf der 100 Tage die *B. P.* einem Anderen angeboten wurde; Valerianus hatte also bei seinen Lebzeiten schon das Recht der *in integr. rest.* erworben; sie kann daher auch von seinen Erben geltend gemacht werden *ex persona defuncti*“. Göring *l. c.* S. 141.

2) War der Sohn nach Ablauf dieser Frist erst gestorben, so läge Läsion vor, die zur *in integr. restitutio* berechtigen könnte.

3) *Pap. fr.* 86 *pr. de acq. her.* (29, 2).

4) *Pap. fr.* 86. cit. und *Ulp. fr.* 30. *pr. eod.*

5) s. Göring *l. c.* S. 147.

6) s. Göring *l. c.* S. 149. Aehnlich schon Northoff Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. XXII. S. 360 ff.

7) *Pap. fr. 4. de Scto Sil.* (29, 5) und *Ulp. fr.* 3. § 30. 32. *eod.* Papinian sagt: *ex constitutione,* worunter wohl die von Justinian (*c.* 11. *ad Sct. Sil.* 6, 35) erwähnte *oratio Divi Marci* zu verstehen ist (vergl. Göring *l. c.* S. 166). Papinian war unter *Marc Aurel advocatus fisci*; die Zulassung der Transmission beschnitt das Interesse des Fiscus, welchem dadurch Aussichten auf *bona caduca* verloren gingen. So mochte der *advocatus fisci* mehrfach auf diese Frage geführt werden.

8) *Pap. fr.* 42. § 3. *de bon. lib.* (38, 2) und *Ulp. fr.* 6. *eod.*

schaft nicht erworben; dennoch soll nach Analogie der Entscheidung des Antoninus Pius den Erben des *Avitus* die Erbschaft zukommen[1]. — b) Jemand, der den A zum Erben eingesetzt hat, stirbt mit Hinterlassung einer Wittwe, und diese behauptet schwanger zu seyn; im Testament ist aber der (etwaige) *postumus* präterirt, und der Eingesetzte hält die Wittwe für schwanger; stirbt hier der Eingesetzte vor Entscheidung der Schwangerschaft, so ist, da bei subjektiver Ungewißheit Delation unstatthaft ist, die ihm zugedachte Erbschaft für ihn und seine Erben verloren; wenn aber der Eingesetzte auch intestaterbberechtigt ist, so kann er vorläufig *bon. possessio decretalis* auf seine Intestatportion erhalten, welcher, falls kein Postumus agnascirt, der Rest des größeren testamentarischen Erbtheils accrescirt; und stirbt der Eingesetzte vor Erlangung der *bon. possessio*, so sollen seine Erben diese nachholen können[2]. Im Grunde ist dies Transmission einer noch nicht deferirten Erbschaft“[3]. —

c) Gegenüber einem testamentarischen oder Intestaterben hat ein *impubes*, welcher Kind des Erblassers zu seyn behauptet, die *B. P. ex edicto Carboniano* erlangt, aber er ist untergeschoben; der berufene Erbe weiß dies nicht, unterläßt daher die Erbschaftsantretung und stirbt: solchenfalls soll den Erbeserben noch die Antretung möglich seyn[4].

d) An diese drei Papiniansfälle reiht sich ein vierter durch Ulpian bezeugter. Ein Römer ist in Kriegsgefangenschaft gerathen, dessen Kind stirbt, und es ist ungewiß, ob dasselbe *sui* oder noch *alieni juris* ist; dann können die über den *status parentis* zweifelnden Kinder[5] nicht antreten; aber, wenn sie in der Ungewißheit sterben, können ihre Erben noch die *B. P. decretalis* erbitten[6].

„Der die vorliegenden Transmissionsfälle treibende Gedanke besteht darin, daß derjenige, welchem eine Erbschaft angefallen, diese nicht verlieren soll, wenn er unverschuldeter Weise darüber im Ungewissen war“. Aber es darf nicht überhaupt eine *transmissio ex capite ignorantiae* angenommen werden, das classische Recht ist vielmehr auf obige Fälle beschränkt geblieben[7].

Zu 3) Dann ist erst durch Theodosius II. in zwei Constitutionen (a. 426 und 450) ein neuer Gedanke ausgesprochen worden: a) Transmission der Erbschaft *jure patrio quasi jam infanti quaesita* zu Gunsten des Vaters (mit und ohne Gewalt), und b) zu Gunsten der Erben, welche ihren vor Eröffnung des Testaments oder vor Erbschaftsantritt verstorbenen Erblasser beerben.

Noch weiter geht Justinian. Er stößt das classische System um, indem er allgemeine Transmissibilität, d. h. den Grundsatz der Vererblichkeit des Erbanfalls, einführt und damit dem Gedanken sich annähert, daß der Erbanfall zugleich Erwerb sei. Der Erbanfall kann nun nicht mehr als bloße *invitatio* oder Offerte bezeichnet werden; die Geltendmachung des Rechts durch den Transmissar ist nur an eine Frist gebunden; damit stimmt der andere Justinianische Satz überein, daß der schweigende *heres voluntarius* als an-

---

1) *fr.* 80. *de acq her.* (29, 2). Göhring *l. c.* S. 145.
2) *Pap. fr.* 84. *eod.* und *Paul. fr.* 4. § 3. *de B. P. c. t.* (37, 4).
3) *quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas: fr.* 84. *cit.*
4) *Pap. fr* 12. *de Carb. ed.* (37, 10). Dazu *fr.* 42. § 2. *de bon. lib.* (38, 2).
5) sie zweifeln, weil es ungewiss ist, ob der gefangene Römer inmittels verstorben ist.
6) *unde tractari potest, an medio tempore, dum status pendet, succurri eis per Praetorem debeat: ne, si medio tempore decesserint, nihil ad heredem transmittent? et magis est, ut subveniatur, ut in multis casibus placuit: fr.* 1. § 1. *ad Sct. Tert.* (38, 17). Dazu *fr.* 2. § 3. *unde leg.* (38, 7).
7) Göhring *l. c.* S. 162. Anders Köppen Ihering's Jahrbb. V. S. 152.

tretend behandelt wird. Dennoch darf man nicht sagen, daß Justinian das Suitätsprincip zum allgemeinen Princip erhoben habe[1], denn er sagt ausdrücklich: *hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti, nec Veteres concedebant, nec nos patimur*[2] — und noch immer kann der Schuldner *in fraudem creditorum* auf eine ihm angefallene Erbschaft verzichten.

B. Im Sinne des classischen Rechts kann die Transmission — sei es nun, daß wir an die Fälle des Marc Aurel und Papinian, oder an die des Theodosius und Justinian denken — nur mit Hülfe einer civilistischen Fiction construirt werden[3]: der Fiction, daß schon der Transmittent die Erbschaft angetreten habe, und diese folglich Theil des Nachlasses des Transmittenten geworden sei. Man kann diese Fiction sachlich eine „Vererblichkeit des Erbanfalls" nennen, wenn es nicht als ein gedanklicher Widerspruch empfunden wird, von einer vererblichen Offerte zu sprechen, denn Erbanfall ist durchaus nichts weiter als *invitatio* oder Offerte. Im Grunde enthält jene Fiction ein künstliches Compromiß mit dem antiken Aditionssystem, bez. den latenten Gedanken, daß der *voluntarius heres* dem *suus heres* gleichgestellt seyn und also in allen Fällen die Erbfolge als eine unmittelbar und von selbst an den Tod des Erblassers anknüpfende Rechtswandelung gelten solle[4]. Justinian hätte von seinem Standpunkt aus diesen Gedanken als Jurist proclamiren sollen; als Diplomat wählte er aber formell den Compromißweg und gerirte sich so, als wenn er das Princip der *Veteres* rette[5].

Wenn es allenfalls zulässig wäre, die Transmission als „Vererbung des Erbanfalls" oder als Succession in die Delation[6] zu bezeichnen, so würde es doch entschieden falsch seyn, dem Gedanken einer successiven (mehrmaligen) Delation Raum zu geben[7].

## III.

### Das Accrescenzrecht und die *lex Julia et Papia Poppaea.*

Zu § 862] A. Die erbrechtliche Accrescenz ist die Wirkung eines Grundgesetzes, welches sich im römischen Erbrecht wie eine Naturordnung vollzieht: Ausfluß einer civilistischen Attractivkraft, welche nach römischer Anschauung der einem Erben zufallenden Erbportion innewohnt. Diese Attractivkraft aber führt sich in letzter Wurzel auf das Wesen der Universalsuccession zurück, in welchem es liegt, daß, weil der Erbe die Persönlichkeit des Erblassers in sich aufnimmt, die Qualität des Erben (*nomen heredis*) eine ungetheilte und totale, und wenn Miterben concurriren, nur der materielle Erfolg des Erbewerdens ein beschränkter und getheilter ist[8]. Durch diese Ungetheiltheit der Erbenqualität ist zugleich eine Expansivität in dem Sinne gesetzt, daß, wenn jener Beschränkungsgrund fehlt oder wegfällt, der erwerbende Erbe nicht bloß die ihm zunächst deferirte Portion erwirbt, sondern so viel dazu, als ihm eben nicht durch besonderen Erwerbsakt Nebenberechtigter entrückt wird; m. a. W. die erworbene Portion attrahirt von der übrigen Erbschaft so viel, als ledig ist.

---

1) Falsch Wieding d. Transmission Justinian's § 18 u. i. Holtzendorff's Rechtslexicon (*ed.* 2) II. S. 721. — 2) *c. un.* § 5. *de cad. toll.* (6, 51).
3) so mit Recht Göring *l. c.* S. 181. 183.
4) Vergl. die Verhandlungen des deut. Juristentags im August 1876 (in Salzburg).
5) s. Cursus § 966.
6) Ganz unzulässig wäre das bei der s. g. *transmissio querelae inofficiosi* und *ex capite in int. restitutionis*, denn bei jener ist der Transmittent noch nicht, bei dieser nicht mehr gerufen. Göring *l. c.* S. 193. — 7) s. Tewes Erbrecht II. S. 66.
8) Mühlenbruch in Glück's Commentar Thl. 43. S. 251.

Ledig sind Erbschaftstheile, welche bei der letztwilligen Vertheilung der Erbschaft unberücksichtigt geblieben[1] oder aber in ungültiger Weise ausgesetzt sind, oder solchen Personen zukommen sollten, die dann, obwohl erwartet, gar nicht zur Existenz kommen[2], oder die vor der testamentarischen Delation oder doch vor dem Erwerb (durch Unfähigwerden oder Tod) ausfallen[3]. Im engsten Sinne wird von Manchen unter Accrescenz nur der Zuwachs verstanden, welcher durch „Fehlschlagung einer Delation", d. h. durch Ausfall von Erben nach eingetretener Delation begründet wird, m. a. W. der Hinzuerwerb des erledigten Antheils eines Mitberufenen. Uebrigens ergibt sich aus dem Gesagten, daß sowohl bei testamentarischer, als auch bei gesetzlicher Erbfolge Accrescenz in Frage kommen kann[4].

Außerdem wird der Ausdruck *accrescere* „auch auf das im vorjustinianischen Recht stattfindende Recht präterirter Töchter und Enkel bezogen, neben dem Testamentserben, wie wenn auch sie mit eingesetzt wären, zu erben[5]. Von diesem Recht — welches nach der richtigen Bemerkung Witte's[6] nicht sowohl ein Anwachsungs-, als vielmehr ein Einwachsungsrecht zu nennen ist — wurde bereits in Thl. 36. S. 338 ff. gehandelt"[7]. *Filia, nepos, neptis, si praeteritae sint, valet testamentum; scriptis heredibus accrescunt, suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam*[8].

B. Sowohl der Grund des Accrescenzrechts im Allgemeinen, als auch der Umfang dieses civilistischen Begriffs ist bestritten.

1) Brinz[9] meint, nicht die principielle Ungetheiltheit der erbmäßigen Berufung, sondern die unerläßliche Vollständigkeit der Erbfolge sei der gemeinschaftliche Grund aller Accrescenz, d. h. die Idee, daß „kein leerer Raum in der *hereditas*, keine vacante Portion" geduldet werden dürfe. Dagegen habe ich Folgendes einzuwenden: a) Diese Idee enthält bloß eine Negative und gibt keinen Maaßstab des Accrescirens, wie er allerdings durch die Idee einer attractiven Totalität der Erbfolge gegeben ist, denn zufolge dieser stellt sich heraus, daß je größer die attrahirende Portion, um so größer das Accrescirende ist (*accrescit pro hereditariis portionibus*). b) Die Brinz'sche Idee ist als Princip unerwiesen und untrifftig, denn es wäre an sich sehr wohl möglich und den römischen Principien nicht ohne Weiteres entgegen, das Aerar oder den Fiscus in die ledige Portion eintreten zu lassen, d. h. sie für *bonum vacans* zu erklären, oder die ledige Portion an die Intestaterben des nächsten *ordo* oder *gradus* gelangen zu lassen; wir müssen also fragen, warum statt dessen der Accrescenzweg eröffnet wurde: auf diese Frage gibt nur die Attractividee, nicht die Vacanzidee Antwort. c) Mit den angegebenen Schwächen des von Brinz aufgestellten Princips hängt die Künstlichkeit seiner Accrescenztheorie zusammen, welche sich darin zeigt, daß er zwei andere Sätze zu Hülfe nehmen muß, um einen positiven Boden und eine bestimmte Grenze zu gewinnen; er sagt: „Aber wann überall eine Portion

---

1) s. Cursus § 881.

2) s. unten (Excurse) Kap. 97. *Postumi: fr.* 31. *de acq. her.* (29, 2).

3) Vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 245–248.

4) Vergl. Baumeister d. Anwachsungsrecht unter Miterben nach R. R. (1829) § 2. 13. Mayer d. Recht d. Anwachsung bei d. testam. u. gesetzl. Erbrechte u. bei Legaten u. Fideicommissen (1835) S. 221 ff. Witte in Weiske's Rechtslexicon I. S. 295. 377. Mühlenbruch a. a. O. S. 270. 303. Baron d. Gesammtrechtsverhältnisse im R. R. (1864) S. 420.

5) s. Cursus § 888 a. E. — 6) *l. c.* S. 270.

7) Mühlenbruch *l. c.* S. 244. — 8) *Ulp.* 22, 17. Dazu *Gai.* 2, 124.

9) Lehrb. d. Pandekten (1860) II. S. 881.

vacant sei, ist mit obigem noch nicht bestimmt. Auf diese Bestimmung beziehen sich zwei andere Sätze; einmal der, daß *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest:* wonach ein untestirter Theil nicht *ab intestato* deferirt werden, also vacant seyn soll; dann der, daß die gesetzliche Berufung über eine gewisse Classe, Linie, Stamm oder Grad nicht hinausgeht, so lange noch Delaten derselben Classe, Linie, desselben Stammes oder Grades da sind: denn dadurch entsteht nothwendig eine Vacanz, sobald einer der Berufenen wegfällt". Bei der Vacanzmaxime sind diese zwei Rechtssätze von Außen herbeigeholt und müssen als willkürliche oder positive Rechtssätze für sich begründet werden, während sie bei der Attractionsmaxime sich innerlich aus dieser selbst entwickeln und ergeben. Wir gewinnen — und das ist ein großer Vorzug der Attractionsmaxime — mit dieser eine einfache und bestimmte Basis jenes außerdem gar nicht eigentlich erklärbaren Satzes: *nemo pro parte testatus* u. s. w., denn derselbe erklärt sich von selbst, wenn man von der Idee ausgeht, daß der Testator jeden Eingesetzten im Grunde zur vollen Repräsentation, zum Universalsuccessor, subsidiär also zum Ganzen (als Totalerben) beruft. Ebenso ergibt sich die Ausschließung des entfernteren *ordo* und *gradus* gleichfalls von selbst durch die Idee, daß die gesetzlich nebeneinander Bevorrechtigten, jeder als subsidiär zum Ganzen berufen, die Entfernteren nothwendig ausschließen. Die Attractividee also ist nicht bloß einfacher (als die Vacanzidee), sondern bringt auch in andere wichtige Rechtssätze des römischen Erbrechts Licht und Zusammenhang.

2) Ueber die Grenzen, welche dem Accrescenzbegriffe zu ziehen seien, bemerkt Mühlenbruch[1]: „In früherer Zeit fand keine Verschiedenheit Statt zwischen den testamentarischen Anordnungen, welche als gar nicht vorhanden anzusehen sind, und zwischen denen, welche durch das Wegfallen eines an sich gültig Berufenen erledigt wurden. Freilich änderte sich dies in der Folge[2], und es ist daher allerdings zu billigen, wenn das eigentliche Anwachsungsrecht und die Wirkung des Ausfalls einer *pro non scripto* zu achtenden Zuwendung als verschiedene Rechte dargestellt werden. Wenn aber Manche auch das Wegfallen eines auf gehörige Art Berufenen, welches beim Leben des Erblassers erfolgt, nicht als Ursache eines eigentlichen Anwachsungsrechts gelten lassen wollen[3], so dürfte sich dafür schwerlich ein genügender Rechtfertigungsgrund anführen lassen. Wir erblicken hier nicht bloß ähnliche Erscheinungen, sondern in der That treten ganz die nämlichen Wirkungen ein, wie wenn das Wegfallen sich nach des Erblassers Tode ereignet . . . Auch stellt das wichtigste Gesetz über Anwachsungsrecht das Recht der Theile, welche *in causa caduci* waren (d. h. noch beim Leben des Testator wegfielen), den später wegfallenden (den eigentlichen *caduca*) völlig gleich. Und selbst die Berufung eines Postumus, welcher nicht erscheint, begründet für die Miterben wahres Anwachsungsrecht[4]. Zwar ist auch dagegen bemerkt, es sei kein wahres Anwachsungsrecht, sondern nur etwas diesem Recht der äußeren Erscheinung nach ganz ähnliches gemeint[5]. In der That aber geht hier Alles darauf hinaus, daß, wenn einem Postumus mit Anderen ein Vermächtniß zugewandt war, einige Abweichung von dem regelmäßigen Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen zugelassen wurde, gestützt

1) In Glück's Comment. Thl. 43. S. 246—8.
2) *fr.* 26. § 6. *de fideic. libert.* (40, 5); *fr.* 5. *de his quae pro non scriptis* (34, 8).
3) *fr.* 61. § 1. *i. f. de legat. II.* — 4) *fr.* 31. *de acq. her.* (29, 2).
5) Schneider Anwachs.-R. S. 42.

auf den wahrscheinlichen Willen des Testator, der ja nie und zu keiner Zeit, auch als dies Recht noch unter dem Einfluß der Zuwendungsformeln (*legatum per vindicationem* u. s. w.) stand, unberücksichtigt bleiben dürfte".

C. Auf ordentlichem Wege fällt die Accrescenz hinweg: 1) wenn der Testator durch Substitutionen für das Schicksal der ledigen Portion gesorgt hat[1]; 2) wenn der Fall einer Transmission des Erbrechts begründet ist[2]. Außerordentliche Ausschließung der Accrescenz findet Statt: 1) in gewissen Caducitätsfällen der *lex Julia et Papia Poppaea*, und 2) im Fall der Indignität des Berufenen[3]. Von dem letzteren ist schon die Rede gewesen[4]; von den hierher gehörigen Bestimmungen des Papischen Rechts sagt Mühlenbruch[5]:

„Wenn von mehreren im Testament ernannten Erben einzelne ihren Antheil nicht erwarben (oder wenn Vermächtnißnehmer ausfielen), so sollte nicht, wie früher, das Anwachsungsrecht eintreten (oder das ausgefallene Vermächtniß bei dem Onerirten oder in der Erbschaft bleiben), sondern caduc werden, d. h. dem Aerarium anfallen, jedoch mit einem Vorzug der in dem Testament begabten Personen, welche Kinder hatten (*heredes vel legatarii patres*); diesen war die *caducorum vindicatio* zugestanden. Auch verblieb den im Testament eingesetzten Adscendenten und Descendenten (bis zum 3. Grad) das *jus antiquum*, d. h. das Anwachsungsrecht, so wie es früher allen Miterben zu Statten gekommen war, und ebenso blieb es in Ansehung derjenigen Theile, welche *pro non scriptis* galten, beim alten Recht, d. h. sie fielen an die Miterben (oder blieben, wenn es Vermächtnisse waren, bei dem Onerirten oder in der Erbschaft); es konnte aber durch Substitutionen auch das Recht der Caducität ausgeschlossen werden[6]. Hieraus erklärt sich die in unseren Quellen übliche Bezeichnungsart des Anwachsungsrechts durch *jus antiquum*[7], die auch von der Anwachsung bei der Intestaterbfolge gebraucht wird[8], obgleich hierauf das Papische Recht nie den geringsten Einfluß gehabt hat". In der christlichen Kaiserzeit wurde aber dieses Papische Recht allmählich beseitigt, und Justinian stellte das *jus antiquum* definitiv wieder her[9].

D. Das Anwachsungsrecht beruht nicht auf einer präsumtiven oder stillschweigenden Delation, welche eventuell, d. h. nachträglich erfolgte, sondern (wie oben ausgeführt wurde) auf der Natur der Erbfolge an sich. Hieraus folgt: 1) Die Anwachsung geschieht mit innerer Nothwendigkeit, d. h. sie kann weder vom Testator durch ein bloßes Verbot vereitelt, noch auch von dem Erben, welcher die attrahirende Portion erwirbt, abgelehnt werden; die accrescirende Portion wird diesem *ipso jure*, ohne Wissen und Willen, erworben[10].

2) Der organische Proceß des Accrescirens vollzieht sich nicht im Subjekt, sondern im Objekt, *portio portioni accrescit;* daher, wenn ein

---

1) s. Cursus § 883. — 2) s. Cursus § 852. 985. — 3) s. Cursus § 839.

4) s. oben (Excurse) S. 623. — 5) *l. c.* S. 256.

6) Schneider d. altcivile und Justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der *lex Julia et Papia* (1837) S. 91 ff. 203 ff. Huschke in Richter's krit. Jahrbb. (1838) IV. S. 314 ff. Witte in Weiske's Rechtslex. I. S. 309 ff.

7) In derselben Weise bezeichnet Scaevola das Recht der *postumi* vor der *lex Junia Velleia* (s. unten), welche einige neue Bestimmungen über die Erbeinsetzung gewisser *postumi* traf, und Papinian das Recht vor der *lex Falcidia* als *jus antiquum*: *fr.* 29. § 7. *de lib. instit.* (28, 2) u. *fr.* 42. § 1. *de m. c. don.* (39, 6).

8) *fr.* 1. § 9. 10. *ad Sct. Tertull.* (38, 17).

9) *c. un. de cad. toll.* (6, 51). Vergl. Cursus § 982.

10) *fr.* 31. 35. *pr.*; *fr.* 53. § 1; *fr.* 76. *pr. de acq. her.* (29, 2).

Erbe nach Erwerbung seiner Portion, und bevor sein Miterbe angetreten hat, stirbt, kann die Accrescenz noch in der Person des Erben jenes Erben erfolgen[1].

3) Der ledige Theil accrescirt frei, *portio ad coheredem pertinet sine onere legatorum et fideicommissorum*[2]. Diese Regel galt lange Zeit für die Accrescenz im engern Sinne so gut, wie für den Fall einer *pro non scripta* geachteten Erbeinsetzung. Anders verhielt es sich mit dem Recht der *caducorum vindicatio* des Papischen Rechts, welchem zufolge *caduca cum suo onere fiebant*[3]. — Erst auf Grund eines Rescripts des Septimius Severus, welches dem *substitutus* die *onera* des *institutus* aufbürdete[4], entschied Ulpian dafür, daß der Accrescenzberechtigte als ein *„quasi substitutus"* die accrescirende Portion nur *cum suo onere* erwerbe[5]. Mit diesem neuen Satze erfuhr das Accrescenzrecht eine wesentliche Modification, und in dieser Gestalt wird es von Justinian bestätigt: wird ein Erbtheil als *non scriptum* ledig, so geht er regelmäßig *sine suo onere* auf den Miterben über[6], während das eigentliche *jus accrescendi* regelmäßig die Verpflichtung zur Uebernahme der Lasten im Gefolge hat[7].

E. Accrescenz bei Legaten. In der eben angeführten Modification des Accrescenzrechts lag die Idee angedeutet, daß das Accresciren auf einer nachträglichen Delation an den Accrescenzberechtigten beruhe. Die classische Jurisprudenz verwies dafür auf die Analogie der Vulgarsubstitution; es hätte auch auf die Conjunction, welche sich als ein civilistisches Seitenstück der Substitution bezeichnen läßt[8], verwiesen werden können. Indem den *conjuncti coheredes* ein Vorzug im Accresciren eingeräumt und insoweit ein Recht des Ausschlusses vom Accrescenzrecht (in Ansehung der disjungirten Miterben) dem Testator eingeräumt ward, war ausgesprochen, daß das Accrescenzrecht nicht mehr schlechthin bloß „ein Ausfluß der Universalität des Erbrechts", sondern theilweise zugleich freies Erzeugniß des „wahrscheinlichen Willens des Testator" sei. Vergl. Burchardi[9]. Ganz besonders aber bildete der präsumtive Wille des Erblassers den Ausgangspunkt einer sich allmählich befestigenden Praxis, welche auch für Collegatare ein Accrescenzrecht statuirte: denn man konnte recht wohl, wenn der Erblasser Mehreren ein gemeinsames Vermächtniß aussetzte, ohne jeden einzelnen Collegatar ausdrücklich auf seinen Antheil zu beschränken, sagen, er habe jedem eventuell das Ganze zuwenden wollen; *conjunctim legari hoc est: tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri*[10]. Von diesem Grundgedanken aus[11] wurde aber dann ein ganzes System von Accrescenzregeln ausgebildet, welche als „subsidiäre Rechtsnormen" die letzten Willen nicht mehr bloß interpretirten, sondern auch supplirten[12]. Ausführlich wird dieses System von Gaius[13] dargestellt. Es wurde insonderheit unterschieden, ob das Vermächtniß *per vindicationem, per damnationem* oder *sinendi modo, disjunctim* (d. h. in getrennten Sätzen) oder *conjunctim*, mit Bestimmung der Theile oder unbestimmt ausgesetzt sei. In beträchtlicher Weise hatte freilich das Papische Recht das Anwendungsgebiet des Accrescenzrechts einge-

---

1) *fr.* 26. § 1. *de condit.* (35, 1); *fr.* 9. *de suis* (38, 16).
2) *Jul. fr.* 61. § 1. *de legat. II.* u. *Cels fr.* 29. § 1. 2. *eod.* — 3) *Ulp.* 17, 3.
4) *fr.* 74. *de legat. I.* — 5) *fr.* 49. § 4; *fr.* 61. § 1. *de legat. II.*
6) *c. un.* § 3. *de caduc. toll.* (6, 51). — 7) *c. un.* § 9. 10. 14. *cit.*
8) s. Cursus § 881.
9) üb. d. Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen in Bekker's Jahrbb. d. gem. R. Bd. V. (1862) S. 7.
10) *Cels. fr.* 80. *de legat. III.* — 11) Mühlenbruch in Glück's Commentar Thl. 43. S. 252 ff.
12) Burchardi a. a. O. S. 12. — 13) 2, 199. 205. 206—208. 215. 223.

schränkt, wie oben schon angemerkt ist. — Seitdem nun durch die von Constantin angeordnete Abschaffung der alten Legatsformen[1] dem bis dahin geltenden Accrescenzrecht der Collegatare die Hauptgrundlage genommen war, entstand das Bedürfniß eines Neubaus der Theorie, wozu aber erst Justinian nach Beseitigung sowohl des *jus caducarium*, als der Unterschiede zwischen Legaten und Fideicommissen (a. 529) sich entschloß[2].

Bei dieser Justinianischen Reform „sind vorzüglich die Grundsätze benutzt, welche früher für das *legatum per vindicationem* galten, und es wird nicht unterschieden, ob das Vermächtniß ein Legat oder ein Fideicommiß ist, ob dasselbe eine Sache oder eine Summe oder irgend etwas Anderes betrifft, ob eine Mehreren vermachte Sache ihnen von demselben Onerirten gegeben werden soll, und ob der Testator die Theile der Collegatare bestimmt hat oder nicht, sondern einzig und allein, ob die zu demselben Gegenstande berufenen Legatare *conjunctim* oder *disjunctim s. separatim*, also ob sie zusammen in demselben Satz oder in getrennten Sätzen honorirt sind. In beiden Fällen sollen sie das Objekt des Vermächtnisses unter sich theilen, wenn sie zur Succession gelangen, und es soll auch bei *disjunctim* ernannten Collegataren nicht der eine die Sache, der andere den Werth fordern können, wie es früher unter Umständen der Fall war[3]. Gleichfalls soll aber in beiden Fällen auch das Anwachsungsrecht Platz greifen, wenn einer der Collegatare wegfällt, jedoch mit dem Unterschiede, daß *conjunctim* mit ihm berufene Collegatare die vacante Portion ausschlagen können, aber wenn sie dieselbe annehmen, auch die dem Weggefallenen vom Testator auferlegten Lasten übernehmen müssen; *disjunctim* oder *separatim* ernannte Collegatare dagegen das Legat nur ganz oder gar nicht ablehnen dürfen, aber auch nicht die dem Weggefallenen auferlegten Lasten zu übernehmen brauchte . . . Justinian hat damit etwas Neues verordnen wollen, und die neuen Bestimmungen ersetzen, trotz der ihnen von Mehreren vorgeworfenen Dürftigkeit, das alte System in jeder Hinsicht". „Gerechten Tadel würde es verdienen, wenn Justinian die Absicht gehabt hätte, die alte Regel *partibus collegatariorum a testatore adjectis, cessat jus accrescendi in legatis* bestehen zu lassen, ohne dies mit einem Worte anzudeuten. Denn das neuere Recht entkräftet das ältere ja doch nicht bloß, insoweit es dasselbe ausdrücklich aufhebt, sondern auch insoweit es damit unvereinbare Bestimmungen enthält. Unvereinbar aber ist die alte Regel, daß das Accrescenzrecht wegfällt, sobald der Testator die Theile der Collegatare bestimmt hat, mit der neuen Justinianischen Regel, daß dasselbe immer stattfindet, wenn Mehrere, sei es *conjunctim* oder *disjunctim*, zu einem und demselben Vermächtniß berufen sind"[4].

## XCVII. Kapitel.

### VI. Erbrechtliche Schutzmittel.

(Zu § 865–877.)

### Prätorische Rechtsmittel.

Zu § 873—877] A. Papinian unterscheidet in der schöpferischen Thätigkeit des Prätor ein Dreifaches: *jus praetorium est, quod Praetores intro-*

1) c. 21. *de legat* (6, 37). — 2) n. 534: c. un. § 11. *de caduc. toll* (6, 51).
3) *Gai.* 2, 205. 206. *Ulp. fr.* 24, 13. — 4) Burchardi a. a. O. S. 16. 23.

*duxerunt adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia*[1]. Für jede dieser drei Richtungen nun lassen sich im Erbrecht karakteristische Beispiele aufweisen, und zwar schuf der Prätor das Neue theils in zusammenhängenden Grundsätzen, so daß er ein eignes Erbfolgesystem zu Tage förderte, theils in Gestalt einzelner Rechtsmittel und Rechtswohlthaten. Die wichtigsten dieser *remedia et beneficia* sind folgende:

1) Ein Unterstützen des Civilrechts liegt in der Gewährung des *interdictum quorum bonorum,* insofern desselben auch der Civilerbe sich zu seinem Vortheil bedienen kann[2]; des *interdictum quod legatorum,* welches dem Erben, auch dem Civilerben, in einem Falle, wo das Civilrecht ihn im Stiche läßt, einen possessorischen Schutz gewährt[3]; sowie der *cautio legatorum servandorum causa,* welche dem Legatar für einen gewissen Fall die nach Civilrecht mangelnde Sicherheit verschafft[4].

2) Ein Ergänzen des Civilrechts sehen wir in dem *beneficium successorii edicti*[5], welches die durch den altrechtlichen Mangel einer *successio ordinum et graduum* offengelassene Erbfolgelücke billig ausfüllt[6]; desgleichen in dem *spatium deliberandi,* welches dem ungebührlichen Zögern des Erben oder dem ungebührlichen Drängen der Erbschaftsgläubiger ein Maaß setzt[7].

3) Ein Corrigiren des Civilrechts zeigt sich in dem *beneficium abstinendi,* welches den *sui heredes* die Dereliction der Erbschaft und somit die Befreiung von der Last der Erbschaftsschulden verstattet[8]; in dem *remedium (s. commodum) separationis,* welches den Erbschaftsgläubigern (*creditores hereditarii*) die Befugniß ertheilt, vor den Privatgläubigern (*creditores heredis*) aus der Hinterlassenschaft Befriedigung zu erlangen[9]; sowie in der *actio legati,* welche gegen den testamentarisch eingesetzten Erben im Fall einer *fraudulosa omissio hereditatis* gewährt wird[10].

B. Auch die verschiedenen Besitzeinweisungen, welche der Prätor für erbrechtliche Zwecke einführte, gehören hierher[11]. Von diesen ist eine, nämlich die *missio in possessionem (rerum hereditariarum) legatorum servandorum causa,* eigentlich nur als Executionsmittel zu verstehen, welches vom Prätor, um einen Zwang auf den die Caution verweigernden Onerirten auszuüben, gewährt wurde[12].

Die anderen zwei prätorischen Besitzeinweisungen haben einen direkten erbrechtlichen Zweck, indem sie während schwebender Entscheidung der Erbrechtsfrage zugunsten des präsumtiven Erben die Erbschaft selbst (nicht bloß in Detention geben, sondern) zu einstweiligem Genuß überlassen. Dies sind die *missio ventris nomine,* welche einer Schwangeren bis zur Geburt ihres erbberechtigten Kindes gewährt wird, und die *missio ex edicto Carboniano,* welche für einen Unmündigen, falls demselben die Erbberechtigung bestritten wird, durch dessen Vormund erbeten werden kann und dem Unmündigen Besitz und Genuß bis zum Austrag des Rechtsstreits nach eingetretener Mündigkeit verschafft. In beiden Fällen bedurfte es eines Decrets, welches vom Prätor *causa cognita* ertheilt wurde: daher werden sie als *bonorum possessio decretalis* der gewöhnlichen *B. P. edictalis (s. ordinaria)* ge-

1) *fr.* 7. § 1. *de J. et J.* (1, 1) — 2) s. Cursus § 873. — 3) Cursus § 874.
4) s. Cursus § 877. — 5) *Pap. fr.* 2. *de succ. ed.* (10, 9). — 6) s. Cursus § 895.
7) s. Cursus § 856 a. E. — 8) s. Cursus § 851.
9) *fr.* 1. § 5. 10. *de separ.* (42, 6); s. Cursus § 860 a. E. — 10) s. Cursus § 857. 877.
11) s. Cursus § 228. 570. — 12) s. Cursus § 228 sub 2) u. § 874.

genübergestellt[1]. Die erstere gewährt der Schwangeren selbst einen Anspruch auf Lebensunterhalt aus den Mitteln der Erbschaft[2], und es wird mit ihr eine *cura ventris* und bez. eine *cura bonorum,* in Ermangelung der letzteren wenigstens eine *custodia bonorum* durch die Erbschaftsgläubiger, verbunden[3]; die andere gewährt in derselben Weise dem Pupillen Anspruch auf Lebensunterhalt[4], sowie auf Erziehungskosten[5], und überträgt die Verwaltung der Erbschaft gegen Realcaution entweder dem Vormund[6] oder dem Gegner[7], in Ermangelung jeder Caution aber einem besonderen *curator bonorum*[8].

C. Es gehört zu dem merkwürdigen Proceß des allmählichen Ineinanderwachsens des civilen und prätorischen Erbsystems während der Kaiserzeit, daß das *jus extraordinarium* dieser Zeit den prätorischen Faden in die Hand nimmt und in seiner Weise fortspinnt. So sehen wir in dem *Sctum Tertullianum* und *Sctum Orphitianum*[9] Ansätze zu einem ganzen System neuer Erbrechtsideen, gegründet auf dem reinen Cognationsprincip und völlig emancipirt von der altnationalen Potestasidee. Wir sehen ferner, wie an einzelnen Stellen des bisherigen Systems nachgeholfen und corrigirend eingegriffen wird: Beispiele davon sind jenes *Sctum Pegasianum*[10], welches verordnete, daß der mit Universalfideicommiß belastete Erbe zum Erbschaftsantritt gezwungen werden könne, damit das Universalfideicommiß nicht zu Fall komme[11], und die durch ein *rescriptum D. Marci* sanctionirte *bonorum addictio libertatum tuendarum causa*[12], welche behufs Aufrechthaltung der letztwillig angeordneten Freiwerdungen und Verhütung der *bonorum venditio* dem sich freiwillig zur Uebernahme der Erbschaft Meldenden angeboten wurde. Die Rechtshülfe der Besitzeinweisung endlich wurde durch mehrere Kaiser gleichfalls in neuen Anwendungen anerkannt; dahin gehören die *missio in possessionem ex edicto D. Hadriani*[13] auf Grund eines äußerlich unversehrten Testaments, die s. g. *missio Antoniniana*[14] zufolge eines Rescripts des Caracalla: *certis ex causis etiam in propria bona heredis legatarios et fideicommissarios esse mittendos: si post sex menses, quam aditi pro tribunali fuerunt hi, quorum de ea re notio est, in satisfactione cessatum est*[15], sowie die *bonorum possessio furiosi nomine,* welche zufolge einer Constitution Justinian's[16] durch den *curator furiosi* für den Curandus erlangt werden kann, so daß der Curator die Verwaltung der Erbschaft bis zum Tode des Curandus bez. bis zu dessen Genesung erhält, und nach dem Tode des Wahnsinnigen die Erbschaft an den nächstberechtigten Erben herausgeben muß. — Von diesen drei Besitzeinweisungen ist die zweite ein bloßes Executionsmittel und daher ein Seitenstück, bez. eine Ergänzung der *missio legatorum servandorum causa,* während die beiden anderen in das System der *B. P. decretalis s. extraordinaria*[17] gehören.

---

1) s. Cursus § 228. 570. 846.
2) *fr.* 1. § 19; *fr.* 9. *de ventre in poss. mittendo* (37, 9).
3) *fr.* 1. § 17. 23. *eod.; fr.* 48 *de admin. tutor.* (26, 7).
4) *fr.* 5. § 3. *de Carbon ed* (37, 10). — 5) *fr.* 6. § 5. *eod.* — 6) *fr.* 15. *eod.*
7) *fr.* 5. § 2. *eod.* — 8) *fr.* 5. § 5. *eod.* — 9) s. Cursus § 896.
10) s. Cursus § 925. 926. — 11) *fr.* 17. *si quis omissa* (29, 4). — 12) s. Cursus § 840.
13) s. Cursus § 875. — 14) s. Cursus § 877 a. E.
15) *fr.* 5. § 16. *ut in possess. legator. causa* (36, 4).
16) *c.* 7. *de curatore furiosi* (5, 70): v. J. 530. — 17) s. Cursus § 846.

## Zweiter Abschnitt.

# Die einzelnen Successionsarten.

---

## XCVIII—C. Kapitel

### I. Die reine Universalsuccession.

(Zu § 878—911.)

### I.

### Die Freiheit des letzten Willens.

Zu § 878. 880] A. Während die gewöhnliche Tragweite des Privatwillens sich auf einzelne Rechtsverhältnisse, welche begründet, abgeändert oder aufgehoben werden, beschränkt, ist ihm unter gewissen Bedingungen eine größere Tragweite verstattet: die Schöpfung von ganzen Rechtssphären. In zwei Hauptanwendungen finden wir diese eminente Schöpferkraft des Privatwillens vom römischen Recht anerkannt: die eine ist die *manumissio*, durch welche eine bis dahin nur *jure naturali* bestehende Persönlichkeit und Vermögenssphäre zur vollen Rechtsbeständigkeit erhoben, d. h. *jure gentium et civili* erst ins Leben gerufen wird; die andere ist die *heredis institutio*, welche die Verfügung über ein bestehendes Vermögensganze, ein Hineinstiften der eignen Vermögenssphäre in die eines Anderen (des Erben) und so gewissermaaßen die Umschaffung einer Rechtssphäre ist.

Die Welt des letzten Willens war ursprünglich ein Gebiet unbeschränkter Freiheit des Römers; es gibt keine Richtung menschlicher Sympathie und Antipathie, welche nicht in irgend einem Satze des römischen Erbrechts Ausdruck gefunden hätte. Der *paterfamilias*, welcher über sein Lebensende hinaus Vorsorge traf, konnte seine „*familia*" Einem als Totalerben, oder aber einer beliebigen Anzahl concurrirender Theilerben bestimmen; er konnte unter den mehreren Berufenen durch Bestimmung gleicher und ungleicher Erbtheile, oder mittels Conjunction oder Substitution Gruppen mit verschieden abgestuften Rechten und Vorrechten anordnen; er konnte in providentieller Sorgfalt für das an unmündige Erben gelangende Vermögen einen oder mehrere Vormünder ernennen; ja er konnte, da ein Vormund auch in Verbindung mit dem Pupillen nicht Alles vermochte und namentlich nicht letztwillig über das Pupillargut verfügen durfte, hierin die Vormundschaft ergänzen durch Vorausfertigung eines eventuellen letzten Willens an Stelle des künftigen Pupillen (Pupillarsubstitution). Er konnte den eingesetzten Erben eine Frist für den Erbschaftsantritt bestimmen, sie mit Legaten und Prälegaten, Singular- und Universalfideicommissen belasten, das Jemandem ausgesetzte Vermächtniß Einem oder mehrern der sämmtlichen Erben, zu gleichen oder ungleichen Theilen, auferlegen, die Erbeinsetzung von Suspensivbedingungen abhängig machen oder mit irgend welcher Auflage (*modus*) verknüpfen. Er konnte seinen Erben verpflichten, durch Errichtung eines Monuments seinen, des Erblassers, Namen zu verewigen, vielleicht auch den Erben ermächtigen, durch Nachholung eines Adoptivaktes die Familienrechte des Erblassers,

(namentlich die Patronatsrechte desselben) zu erlangen: wenn es richtig ist, daß die in nichtjuristischen Quellen erwähnte *adoptio testamentaria in nomen et familiam defuncti*[1] nicht immer eine bloße *heredis institutio sub conditione nominis ferendi*, sondern öfters die Ermächtigung bedeutete, die Bestätigung der testamentarisch verheißenen Adoption (entweder in Curiatcomitien oder mittels Rescripts) nachzusuchen: ersteres ist die Ansicht Dirksen's[2], letzteres die Ansicht Zimmern's[3].

B. Eine zweite Frage ist die, ob der testirende Römer auch in Ansehung der Personen, welche er letztwillig (durch Erbeinsetzung oder Vermächtnißzuwendung) zu ehren gedachte, der gleichen Freiheit genoß. Die älteste Zeit antwortet darauf mit Ja. Zwar daß er nur römische Bürger mit einer Erbportion oder einem Legat bedenken konnte, war vom allgemein menschlichen Standpunkt aus eine Schranke des letzten Willens, allein vom römischen Nationalstandpunkt aus war das keine Schranke des Wollens, sondern ein Postulat der Dignität. Dasselbe ist rücksichtlich der zur Strafe[4] von der *testamentifactio passiva* Ausgeschlossenen zu sagen, und die Frage der Einsetzbarkeit von *incertae personae* hat mit der Freiheit des letzten Willens eigentlich gar nichts zu thun. Uebrigens war der letzte Wille des Römers unbeschränkt; er konnte selbst Sklaven, die in seiner Gewalt waren, letztwillig einsetzen, indem er ihnen zugleich die Freiheit verlieh, und anderseits konnte er selbst seine nächsten Angehörigen unberücksichtigt lassen und etwa mit Uebergehung der ganzen Familie Fremde zu Erben ernennen. Der *paterfamilias* war eben Souverän in seiner Privatwelt[5], und wenn er seine Machtfülle nicht mißbrauchte, so geschah es nur, weil individuelle Liebe und gemeine Tradition den Mund, die Hand des Testator regierten.

Mit der Erkaltung der Familienliebe und Schwächung der gemeinen Tradition entstand daher das Bedürfniß, gewisse positivrechtliche Schranken gegen den Mißbrauch aufzurichten. Dieselben lassen sich nur zum geringern Theil auf ausdrückliche Gesetze zurückführen, und nur langsam und schwer gelangte man, zuerst in der *fori disputatio*, zu dem Entschluß einer solchen Beschränkung der Privatsouveränetät. Vier Stufen lassen sich an dieser Rechtsentwickelung unterscheiden; dieselben können gewissermaaßen als die Vorstufen des cognatischen Pflichttheilsrechts[6] bezeichnet werden, durch welches zuerst das Familienprincip in ein gewisses Gleichgewicht mit dem Individualprincip[7] kam. 1) Berücksichtigung der Interessen der Nachgebornen (*postumi*) in Gemäßheit des Rechtssatzes[8]: *postumi testamentum agnatione rumpunt*[9]; 2) Begünstigung der *sui heredes* durch Verbot der Präterition[10]: *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*[11]; 3) Zurücksetzung der Frauenspersonen durch Verbot ihrer Erbeinsetzung in Betreff aller größeren Erbschaften[12] (*lex Voconia* 169 v. Chr.) und 4) Begünstigung der *instituti heredes* durch Verbot der Ueberlastung ihrer Erbportion[13] (*lex Falcidia* 40 v. Chr.).

---

1) z. B. *Cic. Brut.* 68; *de offic.* 3, 18; *ad Att.* 15, 12; *Suet. Jul.* 83; *Tib.* 6; *Galb.* 17; *Tac. Ann.* 1, 8; *Plin. Ep.* 8, 18.

2) Versuche z. Kritik u. Auslegung der Quellen d. R. R. (1823) S. 78—88.

3) Geschichte d. röm. Privatrechts I. S. 818—821. — 4) s. Cursus § 880 a. A.

5) Nur darin zeigte sich eine, übrigens für den Römer selbstverständliche, Schranke, dass der Erblasser die Auswahl des Erben nicht in das Belieben eines Dritten stellen konnte, denn *testamentorum jura ipsa per se firma esse oportent* (*Veteres*). *Gai. fr.* 32. *de her. inst.* (28, 5).

6) Neben der Beschränkung durch dieses Pflichttheilsrecht, welche aus der Centumviralpraxis hervorging, sind die noch weit rücksichtsloseren Beschränkungen zu nennen, welche durch die *lex Papia Poppaea* und *Fufia Caninia* eingeführt wurden. — 7) s. Cursus § 806.

8) s. Cursus § 880 sub b. — 9) *Ulp.* 22, 18. — 10) s. Cursus § 881.

11) *Ulp.* 22, 14. — 12) s. Cursus § 880 sub a. — 13) s. Cursus § 917.

Der erste und zweite Fall ist aus der Praxis hervorgegangen, der dritte und vierte Fall durch Gesetz eingeführt. In jenen Fällen wird Wahrung des Familiensinnes, in diesen Verhütung der Vermögenszerstückelung bezweckt. In den ersteren Fällen liegt der Gedanke, den Testator zu beschränken, noch nicht nothwendig und direkt vor, vielmehr kann der ursprüngliche Gedanke hier der gewesen seyn, dem vermuthlichen wahren Willen des Testator zum Sieg über den ausgesprochenen, aber im Irrthum wurzelnden untrifftigen Willen zu verhelfen; in den anderen zwei Fällen dagegen zeigt sich die direkte Schranke des letzten Willens nackt und bloß. Wahrscheinlich sind jene Fälle älteren Ursprungs als diese. Daß nämlich der sub 1) aufgeführte Rechtssatz vor der *lex Voconia* dagewesen seyn muß, läßt sich daraus schließen, weil diese *lex* den Gedanken einer Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts zur Geltung brachte, jener Rechtssatz aber sich diesem Gedanken gegenüber noch gleichgültig verhält[1]; außerdem macht die verdeckte und versteckte Art der Willensbeschränkung, welche im ersten Falle vorliegt, das ältere Datum desselben wahrscheinlich. Dasselbe gilt von dem zweiten Falle[2], daher auch diesem ein höheres Alter, als den zwei letzteren Fällen zu vindiciren seyn dürfte. Offenbar enthalten die genannten vier Fälle eine durchgehende Steigerung der Schroffheit; der letzte Fall zeigt die unmittelbare Vorstufe des Pflichttheilsrechts.

Ueber den Fall sub 1) sagt Schmidt[3]: „Naturgemäß wendete sich die Jurisprudenz zuerst dem Punkte zu, welcher von allen der dringendste war, nämlich wo der *suus* im Testament übergangen ist, weil er übergangen werden mußte, also dem *postumus*. Zwei Wege ließen sich hier einschlagen: entweder man verlieh auch ihm die *testamentifactio*, durchbrach also den Satz von der Uneinsetzbarkeit der *incerta persona*, oder man ließ ihn erben trotz dem Testament. An den ersten Weg dachte die alte Zeit nicht; erst eine sehr viel spätere erhob sich mühsam und allmählich zu diesem Standpunkt. Dagegen finden wir schon sehr früh den entscheidenden Satz, mit welchem die ganze Entwickelung des Notherbrechts in karakteristischer Weise beginnt: *postumi agnatione testamentum rumpi*[4]. Wir sagen: sehr früh, weil schon Cicero denselben zu wiederholten Malen als einen solchen hervorhebt, der so zweifellos feststehe, daß kein Sachwalter wagen könne, ihn anzufechten[5]. Der Satz selber ist geradezu eine Durchbrechung des Rechts der XII Tafeln, vielleicht durch den Gedanken vermittelt, daß diese Ungültigkeit des Testaments als der wahre Wille des Testator selbst zu betrachten sei“.

Noch nicht das Uebergehen (des *postumus*) machte das Testament nichtig, vielmehr war dasselbe an sich gültig und blieb gültig, wenn keine lebende Geburt zur Welt kam; bis dahin schwebte die Frage; allein mit dem Eintritt der lebendigen Geburt erfolgte die Vernichtung. „Die Bedeutung der Ruptur ist absolute Vernichtung des Testaments. Demnach kann daraus gar nichts gefordert werden, selbst kein Legat; das Testament bleibt ungültig, auch wenn der *postumus* vor dem Erblasser stirbt, und es tritt, sofern der Testator kein neues Testament macht, mit Nothwendigkeit Intestaterbfolge ein. Da der *postumus* im Testament nicht zum Erben ernannt werden kann, so hat der Testator kein Mittel, diese Ruptur zu verhindern. Der Satz:

1) Ad. Schmidt d. formelle Recht der Notherben. (1862) S. 8. Anm. 16.
2) Vergl. dazu Bachofen die *lex Voconia* und die mit ihr zusammenhängenden Rechtsinstitute. (1843) § 14. — 3) *l. c.* S. 8.
4) *Ulp.* 22, 18; *Gai. Visigoth. II*, 3. § 2; *fr.* 12. *de liberis instit.* (28, 2); *fr.* 1. 3. § 3. 6; *fr.* 8. 12. *pr. de inj. testam.* (28, 3). — 5) *pro Caec.* 25; *de orat.* 1, 57.

*postumi agnatione testamentum rumpi*, ist daher unbedingt und ohne Einschränkung wahr“ [1].

Der Fall sub 2) mag etwas jüngeren Ursprungs seyn, denn a) bei ihm zeigte sich eine Unterscheidung des männlichen und weiblichen Geschlechts und eine Zurücksetzung des letzteren: ein Moment, welches dann in der *Voconiana ratio* noch eclatanter hervortritt; b) während im ersten Fall die Möglichkeit, daß das Testament selbst gar nicht der Ausdruck des wahren Willens des Testator sei, sehr nahe lag, trat im zweiten Fall diese Möglichkeit schon weit mehr zurück und in demselben Maaße ein Zwang des Testatorwillens hervor [2]; c) in Betreff des zweiten Falls war eine sehr wichtige Frage, die über den entscheidenden Zeitpunkt der Ungültigkeit, noch zur Zeit des Gaius (2, 123) controvers; dieses Schwanken des Bodens spricht für verhältnißmäßige Jugend.

Die Zeit und die Zeitfolge des Ursprungs der beiden letzten Fälle aber sind hinreichend bestimmt.

C. Arten der *postumi*. „Seitdem mit der Anerkennung eines Notherbenrechts des *suus jam natus* der Satz verbunden war, daß diesem Recht im Testamente selber sowohl durch Institution, als durch Exheredation genügt werden könne: was lag da näher, als der Gedanke, daß es bei Postumen ganz ebenso müsse gehalten werden können, also auch ihnen *testamentifactio* einzuräumen sei? In der That nahm das römische Recht diesen Entwickelungsgang [3]. Karakteristisch ist dabei, daß man auch hier, wie anderwärts, nicht mit Aufstellung einer allgemeinen, der bisherigen entgegenstehenden, Regel begann, sondern vielmehr, einen einzelnen Fall nach dem andern entscheidend, vorsichtig und allmählich zu einem neuen Grundsatze sich erhob. Drei Stufen der Entwickelung lassen sich hier unterscheiden: die nach dem Tode des Testator geborenen eigentlichen Postumen, die bei seinen Lebzeiten geborenen, endlich die *postumorum loco* umfassend“ [4].

1) *Postumi sui*, welche als *postumi antiqui juris* [5] bezeichnet werden. Mit Recht bemerkt Schmidt [6], daß dieser Fall der dringendste war, „denn in den beiden anderen Fällen war dem Erblasser regelmäßig ein sicheres, wenn auch wenig bequemes Mittel geboten in der Errichtung eines neuen Testaments“. „Für den ersten Fall sorgte nach dem Zeugniß von Ulpian (22, 19) das *jus civile*, d. i. die Jurisprudenz und auch hier nicht mit Einem Male vollständig. Ihr erster Schritt bestand nämlich darin, daß sie die passive *testamentifactio* derjenigen erst nach dem Tode des Erblassers zur Welt Kommenden anerkannte, von denen es schon zur Zeit der Testamentserrichtung feststand, daß sie, wenn dereinst überhaupt geboren, als *sui* des Testator werden geboren werden, also der Postumen des ersten Grades und derjenigen des zweiten, deren Erzeuger schon in jenem Zeitpunkte nicht mehr lebte“.

---

1) Schmidt *l. c.* S. 11. 12. — 2) Schmidt *l. c.* S. 7. 19.

3) Man könnte denken, die Statthaftigkeit der Erwähnung eines *postumus* im Testament sei älter, als die Nothwendigkeit der Erwähnung eines *suus jam natus*, da bei ersterem das Bedürfniss eines solchen Rechtssatzes dringender war; indess spricht für das umgekehrte geschichtliche Verhältniss die in der *incertitudo personae (postumi)* liegende civilistische Schwierigkeit; auch scheint dafür Ulpian's Aeusserung zu sprechen: *Postumi ad similitudinem filiorum nominatim exheredandi sunt, ne testamentum adgnascendo rumpant.*

4) Schmidt *l. c.* S. 26.

5) Schmidt (S. 27. Anm. 76) verwirft den sonst dafür gleichfalls gebrauchten Ausdruck: *postumi legitimi*, weil ihr Begriff auf keiner *lex* beruht.

6) *l. c.* S. 26. 27.

2) *Postumi Aquiliani.* Dieselben gehören noch zu der ersten der von Schmidt unterschiedenen Stufen. Schmidt[1] sagt über sie: „Der zweite Fortschritt auf diesem Gebiet knüpft sich an den Namen des Juristen Aquilius Gallus, den bekannten Zeitgenossen von Cicero[2]. Nach dem Zeugniß von Scaevola[3] war er es, der zufolge der Institutionsformel: *Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem meam in X mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunto.* Das Neue dieser Formel besteht darin, daß sie es dem Großvater möglich macht, die als seine *sui heredes* zur Welt kommenden *nepotes postumi* zu einer Zeit zu Erben einzusetzen, wo ihr Erzeuger noch lebt. Demnach muß dem Notherbenrecht Zweier im Testament genügt seyn. Zuerst dem des Sohnes: also durch gehörige Institution desselben oder durch gehörige Exheredation (weil das keine besonderen Schwierigkeiten hatte, deshalb wird es bei der obigen Form als geschehen vorausgesetzt). Zweitens dem des Enkels: hier liegt der Kern der Sache". Jene Formel wurde dann auch auf Urenkel[4], sowie auf den Fall einer *capitis diminutio* des Sohnes ausgedehnt[5].

3) *Postumi Velleiani.* „Der zweite Fall, also der, wo der *postumus* bei Lebzeiten des Testator geboren wird, fand zuerst Berücksichtigung in einem Gesetz (*lex Velleia*)[6]. Dieses verordnete in seinem 1. Kapitel, daß der Testator auch diejenigen Kinder, welche zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht vorhanden ihm bei seinem Leben als *sui* geboren werden, solle einsetzen oder enterben können"[7].

D. *Qui postumorum loco sunt.* Der Satz von der Testamentsruption durch Entstehen von *postumi* erfuhr Erweiterungen auf verwandte Fälle. Schmidt[8] sagt: „Es lassen sich zwei Classen derselben unterscheiden. Die erste Classe umfaßt diejenigen, welche zur Zeit der Testamentserrichtung zwar in der *patria potestas* des Testator, aber nicht als *sui* befindlich, bei dem nach Errichtung des Testaments erfolgenden Wegfall bisheriger *sui heredes* an die Stelle derselben durch Nachrücken eintreten; von ihnen heißt es: *quasi agnascuntur sui heredes in suorum locum*[9].

„Die zweite Classe wird von denjenigen gebildet, welche zur Zeit der Errichtung des Testaments nicht Hauskinder des Testator, erst nach derselben in seine väterliche Gewalt als *sui,* und zwar in anderer Weise als durch Geburt, eintreten". Hierher gehören die Arrogirten, Adoptirten und in Manus Aufgenommenen, ferner die in die *patria potestas* (z. B. durch Adoption) zurückfallenden legitimen Kinder, bez. die in die *patria potestas* (durch *causae probatio* oder *legitimatio*) kommenden nicht legitimen Kinder[10].

Diese *quasi postumi* standen rücksichtlich der Exheredationsfrage eigentlich den *extranei* gleich, sofern sie im Augenblick der Testamentserrichtung

---

1) *l. c.* S. 27. — 2) s. Cursus § 196. — 3) *fr.* 29. *pr. de lib. inst.* (28, 2).
4) Ueber die 3 hier möglichen Fälle s. Schmidt S. 29. Anm. 81.
5) *fr.* 29. § 2–5. *eod.*
6) Gewöhnlich heisst dieses Gesetz *lex Junia Velleia.* Mommsen (in Bekker's Jahrb. d. gem. R. II. S. 338) liest: *lex Julia Velleja* und vermuthet als Rogatoren zwei Volkstribunen der republikanischen Zeit. In den Quellen wird sie meistens nur *lex Velleia* genannt, in *fr.* 13. *de injusto test.* (28, 3) aber *lex Junia Velleia.* „Da dieses Fragment dem 2. Buche der Institutionen des Gaius entnommen, und gerade dieser Stelle hinwiederum § 2. *J. de exher. liber.* (2, 13) nachgebildet wurde, so wird es überdies wahrscheinlich, dass auch an letzter Stelle zu lesen sei: *idque lege Junia Velleia provisum est*". „Die gewöhnliche, von dem Namen *Junia* ausgehende Meinung denkt an eine von Consuln erlassene *lex* d. J. 763 (10 n. Chr.). Dem Jahre 780 (27 n. Chr.), an welches man wohl auch gedacht hat, steht entgegen, dass unter Tiber Comitialgesetze überhaupt nicht vorkommen". Schmidt S. 30.
7) *Ulp.* 22, 19; *fr.* 29. § 11. 12. *de lib. inst.* (28, 2). — 8) *l. c.* S. 12.
9) *Ulp.* 23, 3; *fr.* 13. *de inj. test.* (28, 3).
10) *Gai.* 2, 138. 139. 142; *fr.* 8. 13. *de inj. test.* (28, 3). Vergl. Schmidt *l. c.* S. 14–16.

eben nicht *sui* waren; demgemäß litt auf sie der einfache Satz der Jurisprudenz Anwendung: *exheredatio extranei res inepta est*[1]. Es griff daher die Gesetzgebung ein, nämlich die *lex Junia Velleia* im 2. Kapitel. „Wie dieses Gesetz in seinem 1. Kapitel die Stellung der eigentlichen Postumen zum Abschluß bringt, so beginnt es in seinem 2. den Reigen für die *postumorum loco*. Dasselbe verordnet im Allgemeinen: der an die Stelle eines wegfallenden nachrückende *suus* soll das Testament des *paterfamilias* dann nicht mehr rumpiren, wenn er in demselben entweder eingesetzt oder exheredirt ist. Es litt nur auf diejenigen Anwendung, welche bei der Testamentserrichtung schon vorhanden, jedoch nicht *sui* waren. Nichtsdestoweniger handelte die Interpretation vollkommen im Geiste des Gesetzes, als sie namentlich auf Julian's Auctorität anerkannte, daß die Vorschriften des 1. und 2. Kapitels gleichzeitig in einer und derselben Person wirksam werden können. Wenn der Großvater den, von seinem noch lebenden Sohne künftig zu erwartenden Enkel zum Erben eingesetzt hat, und dieser Enkel bei Lebzeiten seines Vaters geboren wird und dann durch den Tod des Letzteren zum *suus* seines Großvaters aufrückt, so paßt auf ihn weder das erste Kapitel (denn er ist nicht als *suus* geboren), noch das zweite (denn zur Zeit der Testamentserrichtung existirte er nicht). Dennoch erkannte man auch diese Erbeinsetzung zu Recht an"[2]. Diese Fälle von solchen, die nach der Zeit der Testamentserrichtung geboren nicht *sui* sind, aber dann *sui* werden, pflegen *postumi Sàlviani* oder *Juliani* genannt zu werden.

Einen weiteren Fall fügte ein *Sctum* unter Hadrian hinzu betreffs der *causae probatio*[3]; und nach der Zeit des Gaius ist die Jurisprudenz auf diesem Wege noch fortgeschritten, so daß zuletzt folgendes dogmatische Resultat sich herausstellte: „Dem Recht der eigentlichen Postumen kann der *paterfamilias* im Testament sowohl durch Institution als durch Exheredation genugthun; was die uneigentlichen Postumen anlangt, so entspricht er dem Rechte Aller durch Institution, dagegen durch Exheredation lediglich dem Rechte derjenigen, die seine eigenen Kinder sind. Seit dieser Gestaltung der Sache hörte demnach jener Satz: *postumi agnatione testamentum rumpi*, auf, ganz wahr zu seyn, er war es nur noch für den einen Fall der Präterition und hätte, jetzt zum ersten Male aufgestellt, lauten müssen: *praeteriti postumi agnatione testamentum rumpi*"[4]. Den Werth, welcher immer noch auf die den verschiedenen Fällen angepaßten Testirformeln gelegt wurde, beseitigt Justinian definitiv[5].

## II.

## *Institutio ex re* (Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlaßstücke).

Zu § 885] Ein Gebilde eigner Art ist die *institutio ex re*[6] oder *ex re certa*, geschichtlich, dogmatisch und dogmengeschichtlich gleich interessant. Von Donellus[7] bis Neuner[8] hatte unsere Doctrin zur Aufhellung desselben fast nichts beigetragen, Neuner aber schien alles Versäumte in geistreicher

---

1) *Gai.* 2, 140. 141; *fr.* 132. *pr. de V. O.* (45, 1).
2) *fr.* 29. § 15. *de lib. inst.* (28, 2). Schmidt *l. c.* S. 33. 34. — 3) *Gai.* 2, 143.
4) Schmidt *l. c.* S. 37. — 5) in *c.* 4. *de post. instit.* (6, 29); § 26—28. *J. de legatis* (2, 20).
6) *Institutio ex re* und *rerum heres* sind die in den Quellen vorkommenden kurzen (und ausreichenden) Wendungen.
7) *Comment. jur. civ. VI,* 18. § 18—22. — 8) d. *heredis institutio ex re certa* (1853).

Weise nachzuholen, die Doctrin durch ihn nahezu befriedigt zu seyn, seitdem v. Vangerow rückhaltslos die neue Construction adoptirte; sie ist jetzt die herrschende Lehre. Erst in neuester Zeit ist sie von Padelletti[1] an einigen Punkten angegriffen, aber gegenüber der von mir unternommenen grundsätzlichen Bekämpfung[2] von Brinz[3] in Schutz genommen, von Windscheid[4] festgehalten worden.

Ausgehend von der Annahme, daß die *institutio ex re* eigentlich eine *vitiosa institutio* sei, meint Neuner, sie sei bei den Römern in alter Zeit überhaupt gar nicht vorgekommen, als sie aber aufkam, anfangs von den Juristen verworfen, dann durch eine *benigna interpretatio* aufrecht erhalten worden, indem man einfach die *rei mentio* hinwegdachte oder strich; endlich hätte Sabinus durch eine neue Theorie für den Fall von *coheredes ex re* besser gesorgt; auf den Fall von concurrirenden *coheredes ex re* und *ex parte* aber habe man, seit Erstarkung des Fideicommißinstituts in der Kaiserzeit, dessen Theorie angewendet und den *heres ex re* als Fiduciarerben aufgefaßt, welcher seine Quote als Universalfideicommiß an die Miterben zu restituiren und die *certa res* als Präfideicommiß herauszubekommen, bez. zu behalten hatte.

In der That finden sich in den Quellen Fälle dieser Art, z. B. in *fr. 69. pr. de legat. II,*[5] wo Papinian ausführt: *Si, cum heredem ex parte instituisset, ita locutus est: „peto, pro parte tua contentus sis, Luci Titi, centum aureis": petere poterunt coheredes partem hereditatis, retinente sive praecipiente, quo contentum esse voluit defunctus.* Der Ausdruck *contentus sis* war üblich für Fideicommißzuwendung, die Interpretation lag daher nahe, daß ein (Prä-) Fideicommiß beabsichtigt war und im Uebrigen der Bedachte als restitutionspflichtiger Fiduciarerbe zu behandeln sei. Allein es ist nicht nachweislich, daß je von den römischen Juristen mit diesem Falle die *institutio ex re* identificirt worden[6], vielmehr finden wir, daß noch Justinian[7] beide Fälle unterscheidet[8]. Sodann ist es schlechterdings unwahrscheinlich, daß die Entwickelung so, wie Neuner angenommen, gewesen sei; denn gerade in alter Zeit mögen *institutiones ex re* häufig gewesen seyn[9], und sollte das Recht so erstaunlich hinter dem Leben zurückgeblieben seyn? und ferner, sollte die Jurisprudenz so gewaltsam mit letzten Willen umgegangen seyn?[10] Uebrigens sprechen die römischen Juristen gar nicht von stillschweigendem (Prä-) Fideicommiß, sondern von *per praeceptionem legare*[11]. Vor Allem aber ist wichtig, daß die Quellen nirgends die *institutio ex re* eine *vitiosa institutio* nennen[12], daß vielmehr Ulpian ausdrücklich sagt: *receptum est, rerum heredem institui posse nec esse inutilem institutionem*[13], und daß Papinian von einem Falle der *institutio ex re* bemerkt: *non videtur cum vitio facta substitutio*[14].

Die *institutio ex re* ist also nicht, wie bisher allgemein angenommen wurde, eine fehlerhafte Erbeinsetzung, welche der Correctur bedürfte und

1) d. Lehre v. d. Erbeinsetzung *ex certa re* (1870).
2) Kuntze Ueb. d. Erbeinsetzung auf best. Nachlassstücke (2 Programme 1875).
3) krit. Vierteljahrsschrift 1876. — 4) Pand. neueste Aufl. Bd. 3. § 553.
5) Vergl. Neuner *l. c.* S. 388. Padelletti *l. c.* S. 77.
6) s. Padelletti *l. c.* S. 73. — 7) in *c.* 13. *de her. inst* (6, 24).
8) freilich indem er zugleich anordnet, dass sie von nun an gleich behandelt werden sollen.
9) s. Kuntze *l. c.* I. S. 12. 18. — 10) s. dagegen oben (Excurse) S. 616.
11) *fr.* 35. *de her. inst.* (28, 5); *fr.* 17. *pr. de test. mil.* (29, 1).
12) Ueber *l.* 1. *Cod. Greg.* (3, 4) s. Kuntze *l. c.* I. S. 29.
13) *fr.* 35. *de her. inst.* (28, 5).
14) *fr.* 41. § 8. *de vulg. subst.* (28, 6). Dazu Neuner S. 54. und Kuntze *l. c.* I S. 28.

nur durch Rectification auf Umwegen aufrecht erhalten werden könnte, sondern sie besteht vielmehr dadurch, daß die *res certa* als Ausdruck einer Quote aufgefaßt, und, da nöthig, diese Quote auf dem Wege der Abschätzung und Berechnung ermittelt wird. Dabei ist zu unterscheiden:

1) Hat der Testator nachweislich mit der *res certa* die Größe der Erbportion bezeichnen wollen, m. a. W. soll die *rei mentio* (nur) eine ***demonstratio hereditatis*** oder *partis hereditariae* seyn, so ist der Eingesetzte in Wahrheit ein *heres ex parte* und hat nichts Besonderes. Die ganze Frage ist dann nur eine Interpretationsfrage; der Testator hat sich bloß ungenau ausgedrückt, oder er hat sich über den Umfang seines Vermögens geirrt. Z. B. der Testator setzt den Maevius auf das Rittergut X ein, indem er damit sein ganzes Vermögen meint oder irrig das für sein ganzes Vermögen hält, oder er setzt, indem er sein Gesammtvermögen zu 20,000 M. veranschlagt, den Einen auf 10,000 M., den Anderen auf den gleichen Betrag ein[1].

2) Eine wahre ***institutio ex re*** aber liegt dann vor, wenn der Testator nur an die Sache, nicht an eine Quote dachte, und folglich nach seinem Willen der Erbe auf diese Sache beschränkt seyn sollte. Darin scheint ein Widerspruch zu dem Begriff der Universalsuccession zu liegen, welcher aber zu heben ist, nämlich dadurch, daß die *res certa* als Ausdruck einer **latenten Quote** gefaßt wird. Dieser Fall ist der *institutio ex incerta parte* ähnlich, wo der Testator gleichfalls sich nicht eine bestimmte Quote vergegenwärtigt, und doch indirekt eine solche setzt, die dann durch Berechnung ermittelt wird. Hier liegt nicht eine Interpretations-, sondern eine Constructionsfrage vor.

a) Wie ist dieser Fall zu construiren? Der Testatorwille läßt sich hier in folgende Momente zerlegen:

aa) der Eingesetzte soll Erbe, und also des *honor institutionis* theilhaftig werden,

bb) er soll zu dem in der *certa res* enthaltenen Werthbetrag Erbe werden, d. h. zu dem Theil, welcher dem Werthe der *certa res* entspricht;

cc) dieser Werthbetrag soll ihm eben in Gestalt der *certa res* zukommen, diese daher ihm bei der Erbtheilung gesichert seyn.

Diese drei Momente sind im Princip wohl mit einander verträglich, der Fall also civilistisch construirbar; auch ist die daraus sich ergebende Behandlung praktisch durchzuführen, und zwar sehr leicht, wenn in den adscribirten *res certae* sich der Nachlaß erschöpft, bez. wenn Forderungen und Schulden nicht in Frage kommen.

b) Die praktische Schwierigkeit in der Abwickelung beginnt, wenn mehrere Erben ernannt sind und nicht Alles vertheilt ist, rücksichtlich der *residua hereditas*, oder wenn Forderungen oder Schulden da sind, welche (klagweise) geltend gemacht werden sollen; denn dann fragt sich, welchen Antheil jeder Miterbe an der *residua hereditas* hat, bez. zu welchem Betrag der einzelne Miterbe an den Forderungen und Schulden Theil hat.

c) Diese Schwierigkeit bleibt dem Falle des *unicus heres* (*ex re*) fremd; hier ist daher in der römischen Jurisprudenz wohl nie gezweifelt worden, daß der *rerum heres* wie ein *heres ex parte,* d. h. als mit latenter Quote bedacht, zu behandeln, und folglich die ganze Erbschaft, in Gemäßheit des Accrescenz-

1) **Neuner** S. 23. 24. 139. 362. 581. **Unger** Oesterr. Privatr. VI. § 8. Anm. 6.

rechts[1], ihm zuzuerkennen sei. Mit Unrecht sieht Neuner[2] die Wendung Ulpian's[3]: *detracta fundi mentione,* als ein Princip juristischer Construction an, denn weder Tryphonin[4], noch Papinian[5] gebrauchen diese Wendung, die wahrscheinlich zuerst in dem Rescript des Severus[6] vorkam und da durch den Fall und die Anfrage veranlaßt seyn mochte, jedenfalls nicht das innere Wesen, sondern nur die äußere Behandlung und deren praktisches Ergebniß ausdrückt[7].

d) Wenn sämmtliche Eingesetzte *rerum heredes* sind, und es gilt, die latente Quote zu ermitteln, so geschieht dies durch Berechnung auf der Grundlage vorheriger Abschätzung der *res certae;* z. B. das dem A adscribirte Grundstück ist 1400, das des B 1600 werth: hier beträgt der Erbtheil der Beiden $^{7}/_{15}$ und $^{8}/_{15}$, nach welchem Verhältniß der etwaige Rest oder die etwaigen erbschaftlichen Forderungen und Schulden zu vertheilen wären; eine Beschränkung der Erben auf die *res certae* ist solchenfalls ebensowenig möglich, wie im Fall des *unicus heres ex re.*

Wenn dagegen ein *heres ex re* mit einem *heres ex parte* concurrirt, wäre nicht bloß die *certa res,* sondern die gesammte Erbmasse abzuschätzen und danach zu bemessen, welche Quote in der *certa res* enthalten sei; z. B. die *certa res* gilt 1400, die gesammte Erbmasse 14,000: dann beträgt jene Quote des *heres ex re* ein Zehntel.

e) Dies Alles hatte keine Schwierigkeit in einfachen Lebens- und Verkehrsverhältnissen. Allein die Abschätzung konnte sehr umständlich und aufhältlich seyn, namentlich dann, wenn die ganze Erbmasse abzuschätzen war, und die Güter weit auseinander lagen. Auch konnte das darauf gegründete Berechnungsresultat möglicher Weise sehr complicirt ausfallen, indem der Bruchtheil sich auf kleinste Größen zurückführte[8]; z. B. der dem Einen adscribirte Werth beträgt 13,500, der andere Theil 16,200: dann stellt sich die Quote des Einen auf $^{135}/_{297}$, die des Anderen auf $^{162}/_{297}$.

f) Die Praxis der Römer mußte daher darauf bedacht seyn, solche Erbschaftsangelegenheiten auf einem anderen Wege zu erledigen. Vielfach mochte der Testator sich entschließen, statt einer *institutio ex re* eine Einsetzung auf Quoten anzuordnen und ein Prälegat der *certa res* hinzuzufügen[9]. Derselbe Weg nun bot sich den Juristen dar, als es galt, einen principiellen Ausweg zu suchen. Man behandelte den *ex re institutus* als einen *heres sine (certa) parte institutus;* derselbe hatte also nach dieser Proportion auch an den Forderungen und Schulden Theil, und man wies ihm die *certa res vice praeceptionis,* also nach Art eines Prälegats zu.

Von Sabinus wissen wir, daß er diesen Modus für den Fall vorschlug, da zwei *rerum heredes,* welche auf bloße Theile einer Sache eingesetzt waren, concurrirten[10]. Dann ward derselbe Modus auf andere Fälle einer Concurrenz von *rerum heredes* ausgedehnt[11], und die Autorität Papinian's blieb für immer maaßgebend[12]. Hiernach wurden die concurrirenden *rerum heredes* als *heredes ex aequis partibus* behandelt, danach also ihr Schuldan-

1) also *potestate juris: Ulp. fr.* 13. § 2. *de her. inst.* (28, 5). — 2) *l. c.* S. 22.
3) in *fr.* 1. § 14. *eod.* — 4) *fr.* 19. § 2. *de castr. pec.* (49, 17).
5) *fr.* 41. § 8. *de subst.* (28, 6). — 6) *fr.* 29. *ad Sct. Treb.* (36, 1).
7) Kuntze *l. c.* II. § 6. — 8) Kuntze *l. c.* II. § 8.
9) Das Prälegat hatte in den letzten Jahrhunderten der Republik angefangen sich zu entwickeln; s. Kuntze *l. c.* II. § 1.
10) *fr.* 9. § 13; *fr.* 10. *de her. inst.* (28, 5): *expeditissima Sabini sententia;* — *expeditius, quod Sabinus scribit.*
11) *Javolen* und *Gaius* in *fr.* 11. 79. *eod.; fr.* 17. *pr. de test. mil.* (29, 1).
12) *fr.* 35. *de her. inst.* (28, 5).

theil bemessen, bez. auch der etwaige Nachlaßrest vertheilt, und übrigens die *certae res* Jedem *vice praeceptionis* adjudicirt.

Ueber den Fall, da ein *heres ex re* mit einem *coheres ex parte* zusammentrifft, besitzen wir keine klaren Nachweise in den Quellen, weil, wie es scheint, infolge einer Neuerung Justinian's (i. J. 529), die Compilatoren beflissen gewesen sind, alle früheren Entscheidungen dieses Falles (nach vorjustin. Recht) auszumerzen[1]. Indeß müssen wir annehmen, daß auch hier zu einem anderen Modus, als der ursprüngliche war, übergegangen wurde; das Bedürfniß dazu war hier noch dringender. Und in der That ist auf Grund von *c. 13. de her. inst.* (*6, 24*) in Verbindung mit *l. 1. Greg. Cod.* (*3, 4*) und *fr. 35. de her. inst.* (*28, 5*) anzunehmen, daß hier derselbe Abwickelungsmodus zur Geltung gelangt, d. h. der *heres ex re detracta rei mentione* als *heres ex parte* (nämlich *sine certa parte scriptus*) behandelt, die *certa res* ihm und der Rest seines Antheils dem Miterben *vice praeceptionis* adjudicirt wurde. Dies war consequent, weil der nach Ausscheidung der *certa res* verbleibende (große oder kleine) Rest der Quote immer nur den Karakter eines Aggregats von *certae res*, nicht den einer Quote haben konnte[2].

Dies ist die Behandlung der *institutio ex re* zur Zeit der classischen Jurisprudenz und bis auf Justinian.

g) Dabei ist aber zu bemerken, daß in dem (zuletztbetrachteten, von mir s. g. gemischten) Falle dem *arbiter divisionis*, welcher die *certae res vice praeceptionis* zu adjudiciren hatte, noch außerdem die Aufgabe zufiel, dafür zu sorgen, daß der *heres ex re* dem letzten Willen gemäß auf die *certa res* eingeschränkt würde, so daß er eben nicht mehr und nicht weniger erhielt. Da nun *ipso jure* die Forderungen und Schulden auf ihn *pro rata* übergingen, so mußte durch Cautionsstipulationen nachgeholfen werden, d. h. der *arbiter* legte den *coheredes* auf, daß sie einander sicherstellten, falls der *heres ex re* Erbschaftsforderungen zu seinem Antheil einzog oder Erbschaftsschulden zu seinem Antheil abtrug. Das war nichts Neues; schon im alten System der *heredis institutio ex re* war ein solches Caviren unter Umständen Bedürfniß gewesen[3]. Jetzt aber entstand die Frage, ob dieses Caviren nicht eine überflüssige Unbequemlichkeit sei, da im Grunde der *heres ex re* doch nur wie ein Legatar zu stehen kam.

Daher that, so scheint es, Justinian in *c. 13. cit.* den entscheidenden Schritt, daß er den mit *coheredes ex parte* concurrirenden *heres ex re* kurzweg für einen Legatar erklärte, d. h. vorschrieb, die *hereditariae actiones* sollten ihn von vornherein überhaupt nichts angehen und folglich allein die concurrirenden *coheredes ex parte* als Erben behandelt werden. In einer Zeit, in welcher der römische Cultus des *honor institutionis* erblichen war, hatte das kein Bedenken mehr.

## III.

## *Exheredatio bona mente.*

Zu § 886] Das Pflichttheilsrecht ist im Interesse des Pflichttheilsberechtigten eingeführt; darum ist der Testator frei von den Pflichttheilsvorschriften da, wo er auf andere Weise jenem Interesse Genüge leistet, oder gar das

1) Padelletti *l. c.* S. 39. 50. — 2) s. Neuner *l. c.* S. S. 41.
3) Vergl. *Gai.* 2, 252. 254. 257.

eigene Interesse des Pflichttheilsberechtigten die Vorenthaltung des Pflichttheils nahelegt; z. B. der Testator setzt mit Umgehung seines geisteskranken oder verschwendungssüchtigen Sohnes dessen Kinder zu Erben ein und legt ihnen das Vermächtniß auf, den Enterbten zu alimentiren, indem er den Beweggrund der Fürsorge ausdrücklich hinzufügt[1]. Nach demselben Grundgedanken kann der Testator auch die Bedenkung des Pflichttheilsberechtigten an eine Bedingung knüpfen, wenn dieselbe im Interesse desselben gesetzt ist[2].

In den Quellen wird solche Fürsorge mit den Worten: *nullam injuriam facere, sed potius putare providendum*[3] oder *non notae causa — non mala mente exheredare*[4], bezeichnet, und daher von den Neueren der Ausdruck *exheredatio bona mente facta* gebraucht.

Im Justinianischen Recht kommt die Frage hinzu, ob aus gleichem Beweggrunde, d. h. in wohlmeinender Absicht, auch die Ausschließung von der Erbenqualität, worauf nun die Descendenten und Adscendenten ein Recht (aus *Nov. 115*) haben[5], statthaft sei. Justinian hat diese Frage unbeantwortet gelassen[6], aber sie ist wohl zu bejahen, weil in den Stellen der Digesten und des Codex „der Gedanke anerkannt ist, daß eine auf das wahre Beste des Notherben abzweckende testamentarische Verfügung, wenn gleich sie sonst der Regel nach eine Verletzung der über die Berücksichtigung der Notherben geltenden Bestimmungen enthalten würde, doch als wirksam aufrecht zu erhalten sei“[7].

## IV.

### *Transitus querelae ad heredes.*

Zu § 905] Das Pflichttheilsrecht ist im Grunde das sich gegen ein (an sich gültiges) Testament durchsetzende Intestaterbrecht. Es wird mittels der *querela inofficiosi testamenti* geltend gemacht, welche nur dann Platz greift, wenn der *scriptus heres* wirklich angetreten hat; im Fall des Nichtantretens (*testamentum destitutum*) kommt lediglich das einfache Intestaterbrecht, die einfache *hereditatis petitio* in Frage. Das pflichttheilsmäßige Intestaterbrecht ist also bedingt durch Antritt seiten des *scriptus heres*, und so lange dieser sich nicht entschieden hat, schwebt jenes Recht, und dem Pflichttheilsberechtigten ist gar nicht deferirt.

Aber sobald Antritt erfolgt, wird dem Pflichttheilsberechtigten deferirt[8], und nun steht es bei ihm, anzutreten. Er tritt an durch irgend welche Erklärung seines Entschlusses, und solche Erklärung ist auch in der s. g. *praeparatio querelae* enthalten; „das *praeparare* ist juristisch nichts Anderes, als die Adition des durch die Querel erlangten Intestaterbtheils; durch diese Auffassung allein findet die bei der Querel von den übrigen *actiones vindictam spirantes* bestehende Abweichung, daß sie schon durch *praeparare*

---

1) *fr.* 16. § 2. *de cur. fur.* (27, 10). — 2) *c.* 25. *de inoff. test.* (3, 28). — 3) *c.* 25. *cit.*

4) *Ulp. fr.* 18. *de lib. inst.* (28, 2) und *fr.* 12. § 2. *de bon. lib.* (38, 2). Uebrigens sprechen diese Stellen nur von *exheredatio* im alten Sinne (des formellen Notherbrechts) und beweisen daher nichts für das Pflichttheilsrecht.

5) s. Cursus § 984.

6) Francke d. Recht d. Notherben (1831) S. 422 ff. Dagegen Mühlenbruch in Glück's Comment. XXXVII. S. 380 ff. 391 ff. 422; Schmidt d. form. R. d. Notherben (1862) S. 166 ff.

7) Arndts in Weiske's Rechtslex. III. S. 901.

8) Kenntniss desselben von seinem Recht vorausgesetzt: s. Göring i. Ihering's Jahrbb. XV. S. 155. 187.

*litem* vererblich wird, ihre logische Erklärung"[1]. Unter diesem Gesichtspunkt, d. h. wenn wir annehmen, daß das pflichttheilsmäßige Intestaterbrecht sofort mit Antritt des *scriptus heres* zur Entstehung kommt[2], läßt sich auch die Auffassung der Querel als einer „qualificirten *hereditatis petitio*" rechtfertigen. Die Intestatportion wird deferirt, dann durch Erklärung (*praeparatio litis*) erworben und mittels *querela contra testamentum* erstritten. Wenn also die Quellen sagen: *instituta accusatione ad heredem querelam transfert*[3] — *est successio accusationis*[4] — *querela ad heredem transit*[5] — *praeparata lite transmittitur actio*[6] — *ad heredem suum accusationem transmittit*[7], so bedeutet dies: das erworbene Erbrecht geht auf die Erben über.

Ein neuer Gedanke war es, mit welchem Justinian die Entwickelung des Transmissionssystems zum Abschluß brachte, indem er bestimmte: wenn der Pflichttheilsberechtigte vor Antritt seiten des *scriptus heres*, bez. vor *praeparatio litis* sterbe, solle das Recht auf seine Descendenten übergehen[8]. Das Besondere dieses Transmissionsfalls besteht darin, daß hier Transmission begründet seyn kann, obschon noch nicht einmal *delata hereditas* in der Person des Transmittenten vorliegt[9], daß also insofern hier nicht von einer Succession in die Delation geredet werden kann, wovon bei anderen Transmissionsfällen geredet worden ist[10].

## CI. Kapitel.

### II. Die reine Singularsuccession.

(Zu § 912–920.)

### I.

### *Mortis causa donatio.*

Zu § 912] Es war nichts natürlicher, als daß die im Vorhergehenden[11] geschilderten Einschränkungen des letzten Willens, die so wenig in der Tiefe des nationalen Wesens der Römer wurzelten, eine Reaction des Rechtssinns hervorriefen. Man erfand Mittel und Wege, die aufgerichteten Schranken, die nicht zu durchbrechen waren, zu überspringen oder zu umgehen. Das älteste Mittel dieser Art war vielleicht das *legatum partitionis*[12], ein Mittel, die Schranke der *lex Voconia* zu überspringen, d. h. auf einem Umweg die Wirkungen einer Universalsuccession (zu Gunsten von Frauenspersonen) zu erzielen. Ein Mittel ähnlicher Art, aber von weit größerer Tragweite, ward dann das Fideicommiß, welches in seinen beiden Hauptanwendungen als Singular- und Universalfideicommiß dem letzten Willen einen so enormen Spielraum eröffnete, daß damit die ehemalige Schrankenlosigkeit des letzten Willens nahezu wiedergewonnen, ja erweitert schien, denn im Wege des Fideicommisses konnten selbst an Peregrinen letztwillige Zuwendungen gelangen; Fideicommisse ermöglichten eine Umgehung der *lex Falcidia*, so daß sie auch über die dann vom Papischen Recht neu aufgerichteten, ganz besonders unliebsamen, Schranken hinweghalfen[13]. Wo Erbeinsetzungen verboten oder beschränkt waren, konnten statt derselben Univer-

1) Göring *l. c.* S. 187. — 2) *nascitur querela: Ulp. fr.* 8. § 10. *de inoff.* (5, 2).
3) *Ulp. fr.* 6. § 2. *eod.* — 4) *fr. cit.* — 5) *fr. cit.* — 6) *Paul. fr.* 7. *eod.*
7) *fr. cit.* — 8) *c.* 34. *de inoff. test.* (3, 28): *a.* 530. — 9) s. Göring *l. c.* S. 189.
10) s. oben (Excurse) S. 638. — 11) s. oben (Excurse) S. 642. — 12) s. Cursus § 921.
13) s. Cursus § 919.

salfideicommisse —, wo Legate unzulässig waren, konnten Singularfideicommisse angeordnet werden. (Von Neuem mußte das freilich als ein Uebermaaß von Freiheit erscheinen, und so ist es erklärlich, daß die Gesetzgebung dem entgegen bald begann, neue Dämme aufzuführen[1]).

In dem Zusammenhange jener (etwa während des letzten Jahrhunderts der Republik erstarkenden) Reaction erklärt sich wohl auch der Ursprung der *mortis causa donatio* am besten. Dieselbe ist eine der eigenthümlichsten Erscheinungen des römischen Erbrechts, denn sie befindet sich gerade auf der Grenze zwischen dem *commercium mortis causa* und *inter vivos,* und die Theorie der Römer selbst scheint rücksichtlich ihrer lange wie im Nebel gearbeitet zu haben. In der *lex Furia testamentaria* und der *lex Voconia* (169 v. Chr.)[2] war nach dem Zeugniß des Gaius (2, 225. 226) neben dem Legatserwerb auch des *mortis causa capere* gedacht, und man hat früher gemeint, daß darunter speciell die *mortis causa donatio* zu verstehen sei[3]. Indeß ist schwerlich anzunehmen, daß damals schon dieser Begriff festgestanden habe; gegen die Richtigkeit jener Meinung spricht schon der Umstand, daß noch später der Ausdruck *mortis causa capio* einen sehr allgemeinen und gewissermaaßen nur subsidiären Sinn hatte: *mortis causa capitur, cum propter mortem alicujus capiendi occasio obvenit; exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur; certe enim et qui hereditario aut legati aut fideicommissi jure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem; sed quia proprio nomine hae species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur*[4]. Es ist nicht für möglich zu halten, daß ein ehedem bestimmter Begriff später verallgemeinert und abgeflacht worden wäre, die Bewegung der civilistischen Dogmatik der Römer geht vielmehr ausnahmslos in der umgekehrten Richtung. Wir müssen also vermuthen, daß der Ausdruck *mortis causa capere* in jenen Gesetzen des 2. Jahrh. v. Chr. einen noch sehr allgemeinen, unbestimmten und aushülfsweisen Begriff enthielt; die Gesetze stehen der Annahme mit nichten im Weg, daß erst später innerhalb jenes weiten Gebiets die specielle Kategorie der *m. c. donationes* abgegrenzt und hervorgehoben wurde. Die Art, wie Marcellus *ad leg. Jul. et Pap.*[5] die *m. c. donatio* neben die Fälle der *m. c. capio* stellt, bringt uns der Vermuthung nahe, eben um die Zeit und aus Anlaß der *lex Julia et Papia Poppaea* sei die *m. c. donatio* in der Praxis wichtig geworden.

Die älteste nachweisbare Erwähnung der *m. c. donatio,* zugleich eine Begriffsbestimmung derselben, rührt von Labeo her: wovon uns *Fest. v. mortis causa stipulatio* berichtet. *Mortis causa stipulatio existimatur fieri, ut ait Antistius Labeo, quae ita fit, ut morte promissoris confirmetur, aut, ut quidam dixerunt, cujus stipulationis mors fuit causa.* Wir sehen hier zwei Definitionen, eine weitere und eine engere, angeführt; jene gleicht vielmehr einer vulgären Ansicht; nur diese, d. h. die von Labeo aufgestellte, zieht bestimmtere Grenzen[6]; wir dürfen daher wohl annehmen, daß Labeo sich das Verdienst einer genaueren Begriffsbestimmung der *m. c. donatio* erwarb. Die

---

1) s. Cursus § 919 (im 2. Absatz). 926.

2) s. Cursus § 917. Dass die Fideicommisse und zwar Universalfideicommisse namentlich aus Anlass der *lex Voconia* aufkamen und zwar schon vor Cicero, erhellt aus *Cic. de fin.* 2, 17. 18; 3, 20.

3) Vergl. auch *Cic. de leg.* 2, 19.

4) *Gai. ad Ed. fr.* 31. *pr. de m. c. don. et cap.* (39, 6); dazu Huschke Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XIV. S. 351; Rudorff röm. Rechtsgesch. § 28 und Schlagintweit i. Ihering's Jahrbb. f. d. Dogmatik VI. S. 320. 339. — 5) *fr.* 38. *eod.*

6) s. Schilling Lehrb. f. Instit. u. Gesch. d. röm. Privatr. III. § 358. Anm. *p*. S. 812 gegen Hasse i. Rhein. Mus. II. S. 315. Anm. 121.

Stelle des Marcell und die des Festus unterstützen folglich einander. Beide weisen uns in die Zeit der Augustischen Neuerungen, welche gleichsam einen Keil in den Organismus des Privatrechts trieben[1] und die Ausbildung neuer Rechtsinstitute, die als Mittel der Reaction dienen konnten, veranlaßten. Labeo's Name erinnert uns gerade an dieser Stelle an die Codicille, deren Einführung und Anerkennung in der Praxis, wie bekannt ist, gleichfalls mit auf Rechnung Labeo's geschrieben wurde[2]; die Codicille aber dienten vornehmlich den Fideicommissen, und von den Fideicommissen wird uns erzählt, daß sie zuerst namentlich durch den Wunsch, die Legirungsschranken zu umgehen, veranlaßt worden seien[3]; der bei Fideicommissen besonders übliche Ausdruck *capere*[4] weist uns auf denselben Ausdruck in der Papischen Gesetzgebung hin. Alles das führt uns dazu, Fideicommisse und *m. c. donationes* zusammen zu nennen und als geschichtliche Geschwister zu denken. Hiermit stimmt überein, daß Marcellus, Paulus und Ulpian von der *m. c. donatio* in ihren Commentaren zur *lex Papia Poppaea* handelten[5]. Wir wissen, daß besondere Vorschriften gegen die Umgehung der Papischen Schranken späterhin beliebt wurden: zu diesen späteren Stützen der *lex Papia Poppaea* gehört auch das von Paulus[6] erwähnte *Sctum*, welches die *m. c. donatio* rücksichtlich der Capacität den Legaten gleichstellte und Veranlassung werden mochte, daß die Jurisprudenz sich um die genauere Feststellung des Begriffs der *m. c. donatio* neue Mühe gab. Julian's Autorität scheint hier wieder Epoche gemacht zu haben, wie aus mehrern Stellen[7], sowie daraus zu entnehmen ist, daß die gesammte Digestentheorie neueren Datums zu seyn, d. h. kaum über Julian zurückzugehen scheint. Aeltere Schriftsteller werden in den Digesten in Ansehung der *m. c. donatio* so gut wie gar nicht citirt, die Berufung Julian's auf Priscus[8], eine Stelle aus Fulcinius, bez. Neratius[9] und das Anführen einer Streitfrage der Cassianer, welches sich bei Paulus *ad leg. Jul. et Pap.*[10] findet, sind die einzigen bemerkenswerthen Stellen, in welchen bestimmte Zeichen einer älteren Theorie erkennbar sind[11].

## II.

### Die einzelnen Vermächtnißarten, insbesondere die *servi optio*.

Zu § 915. 916] A. Mit der Ausbildung der *legata per damnationem* und *sinendi modo* war dem letzten Willen eine unermeßliche Bahn von Bethätigungen geebnet, und so sehen wir denn in dieser eine große Fruchtbarkeit des römischen Sinnes sich entwickeln. Die Theorie fand hier einen Spielraum für feinste Auslegung der letzten Willen und freieste Gestaltung mannichfacher individueller Neigungen, nur das Obligationenrecht läßt sich an Mannichfaltigkeit der Gestalten vergleichen mit dem Gebiet der Legate und Fideicommisse. In der That war ja auch dieses Gebiet ein Grenzgebiet

1) s. Excurse S. 801. 805. — 2) s. Cursus § 826 a. E. — 3) s. Cursus § 918.
4) *Gai.* 2, 275. 284—6. u. § 1. *J. de fideic. hered.* (2, 23).
5) *fr.* 35—38. *eod.* — 6) in *fr.* 35. *eod.*
7) *fr.* 19. *pr. de reb. cr.* (12, 1); *fr.* 1. *de donat.* (39, 5) und *fr.* 2. 8. 13—21. 31. § 1. 3; *fr.* 37. § 1. *de m. c. don.* (39, 6).
8) in *fr.* 21. *eod.* — Wer ist dieser Priscus? Priscus Fulcinius oder Priscus Neratius oder Priscus Javolenus? Die ersteren Beiden haben Beziehung zur Theorie der *m. c. donatio* (*fr.* 43. *de m. c. don.* 39, 6), der letztgenannte aber war Julian's Lehrer.
9) *fr.* 43. *eod.* — 10) *fr.* 35. § 3. *eod.*
11) Ueber die Einzelnheiten der ausgebildeten Theorie vergl. v. Keller Grundriss zu Vorles. üb. Instit. u. Antiquit. d. R. R. (Berl. 1854—58) S. 343—361.

der Obligationen, was durch das *Sctum Neronianum* im vollsten Sinne anerkannt wurde.

In einer großen Reihe von Digestentiteln (*lib. 30.— lib. 34, 3*) treffen wir die verschiedensten Combinationen sachlicher und anderer Vermächtnisse: *annuae praestationes, usus, ususfructus, habitatio, operae servorum, servitutes praediorum, dos, optio s. electio, triticum, vinum, oleum, instructus s. instrumentum, peculium, penus, supellex, alimenta v. cibaria, aurum, argentum, mundus* (Toilettengeräth), *ornamenta, unguenta, vestimenta, statuae; liberatio* werden da nacheinander als Legatsobjekte aufgeführt und behandelt. Unter diesen sind einige Rechtsbegriffe (*habitatio* und *operae servorum*), welche ihr ganzes rechtliches Daseyn überhaupt der Gewohnheit des Legirens verdankten[1]. Besonderen Anlaß zu feinen und schwierigen Unterscheidungen gaben die *legata ususfructus, dotis, peculii* und *liberationis;* die *optio s. electio legata* bot in anderer Weise interessante Seiten dar[2]. Betreffs bestehender Schuldverhältnisse ward eine dreifache Möglichkeit des Legirens anerkannt, wonach man folgendermaaßen zu unterscheiden hat: 1) *Legatum nominis*, wodurch der Legatar die Rechte eines Cessionars, d. h. ein Forderungsrecht gegen den belasteten Erben auf Cession des *nomen* (*hereditarium*) erwirbt[3]. Ein *legatum chirographi* ward als Zuwendung der verbrieften Forderung selbst verstanden[4]. 2) *Legatum liberationis* (*s. liberatio relicta*), welches einen Schulderlaß seiten des Erblassers enthält, auf welchen der Legatar sich dem Erben gegenüber berufen kann. Ein solches Legat liegt auch in der letztwilligen Anordnung, daß das *chirographum* dem Schuldner (Legatar) zurückzustellen sei[5]. 3) *Legatum debiti,* d. h. letztwillige Bekräftigung einer Schuld des Erblassers, welche dann ein wirksames Legat enthält, wenn der Gläubiger (Legatar) irgend einen Vortheil davon hat, z. B. wenn darin eine Beschleunigung der Fälligkeit liegt: solchenfalls kann der Gläubiger, statt die Klage *ex pristina obligatione* anzustellen, nun seine vortheilhaftere Lage mittels der *actio ex testamento* gegen den Erben (als Schuldner) geltend machen[6].

B. Die *optio s. electio legata* war bei den Römern eine beliebte Art des Legats und namentlich, wenn der Erblasser Jemanden mit einem Sklaven erfreuen wollte, gern angewendet[7]. Während sonst, wenn eines von mehreren Exemplaren derselben Gattung aus der Hinterlassenschaft legirt ist, regelmäßig dem onerirten Erben die Auswahl zusteht[8], hat im Fall der *optio legata* nicht nur unbedingt der Honorirte die Auswahl, sondern derselbe ist darin dermaaßen unbeschränkt, daß er auch das allerbeste Exemplar auswählen darf. Solche *optio legata,* namentlich die *servi optio,* wird von den römischen Juristen mehrfach mit der *hereditatis aditio* zusammengenannt[9]. Papinian[10] zählt die *servi optio* neben der *mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, datio tutoris* als Beispiel der *actus legitimi*, die keiner Bedingung oder Befristung zugänglich seien, auf[11]. Wir ersehen hieraus, daß

1) s. Cursus § 537.
2) Ueber das *praelegatum dotis* vergl. Bechmann Röm. Dotalrecht I. S. 56. und Voigt d. *lex Maenia* S. 59. 61—64.
3) *fr.* 44. § 6; *fr.* 75. § 2; *fr.* 105. *de legat I.* — 4) *fr.* 44. § 5. *eod.*
5) *arg. fr.* 3. *pr.* § 1. *de lib. leg.* (34, 3).
6) *fr.* 11. *de lib. leg.* (34, 3); *fr.* 1. § 10. *ad leg. Falc.* (35, 2).
7) wie wir aus *fr.* 18. *pr. fam. herc.* (10, 2), aus dem *tit. Dig. de opt. leg.* (33, 5) und § 23. *J. de legat.* (2, 20) schliessen dürfen.
8) *fr.* 108. § 2. *de legat. I.*
9) z. B. in *fr.* 9. § 1. *de dolo malo* (4, 3), *fr.* 28. *de V. S.* und *fr.* 77. *de R. J.*
10) in *fr.* 77. *cit.* — 11) s. Cursus § 465.

die (*servi*) *optio* als ein wichtiger, ursprünglich vielleicht solenner, Rechtsakt galt.

Der Wahlakt enthielt eine Ergänzung der letztwilligen Verfügung und stand daher unter den Regeln derselben: daher konnte vor Erbschaftsantritt das Wahlrecht nicht gültig ausgeübt werden, denn erst mit dem Erbschaftsantritt ist *dies legati veniens*[1]. In der Natur des Wahlrechts überhaupt aber liegt, daß es sich in der Ausübung verzehrt (*optio consumitur*), d. h. nicht widerrufen und nochmals ausgeübt werden kann[2]; diesen Gedanken sprach schon Aufidius Namusa in der letzteren Stelle aus, welcher zugleich zu entnehmen ist, daß die *optio legata* als eine Art des Vindicationslegats aufgefaßt zu werden pflegte: *vestimenta, quae volet, sumito sibique habeto!*

Die Umständlichkeit des Wahlaktes war namentlich dadurch gegeben, daß der Legatar Vorführung oder Vorlegung sämmtlicher Exemplare (*exhibitio*) verlangen konnte: *scyphi electione data, si non omnibus scyphis exhibitis legatarius elegisset, integram ei optionem manere placet*[3]. Nach geschehener Exhibition und vollzogner Wahl konnte sofort vindicirt oder mit der *actio legati* geklagt werden[4].

Unnöthig durfte der Legatar den Wahlakt nicht hinausschieben; widrigenfalls konnte der Prätor von den Interessenten (onerirten Erben, übrigen Legataren) angegangen werden, eine Wahlfrist anzusetzen: *decernendum est a Praetore, nisi intra tempus ab ipso praefinitum elegisset, actionem legatorum s. petitionem ei non competere*[5].

So lange der Wahlakt unvollzogen war, haftete das Wahlrecht des Legatars an sämmtlichen Exemplaren, so daß eine Verfügung des Erben ihn nicht beschränken konnte. Diese Bestimmung war namentlich für die *servi optio* im Fall einer inzwischen vorgenommenen Freilassung eines aus der *familia servorum* wichtig: *si, cum optio servi ex universa familia legata esset, heres aliquem, priusquam optaretur, manumisit: ad libertatem eum interim non perducit; servum tamen, quem ita manumiserit, amittit, quia is aut electus legato cedit, aut relictus tunc liber ostenditur*[6].

Cujacius[7] vermuthet, daß die *optio* ein solenner Akt vor Zeugen gewesen sei. In der classischen Zeit galt irgend welche Solennität jedenfalls nicht mehr als rechtliches Erforderniß. Sowohl die häufige Verbindung mit der *hereditatis aditio*, als auch die prätorische Fristbestimmung erinnern allerdings an die *cretio*[8]; daß aber ein Zusammenhang mit dieser stattgefunden habe, ist unerweislich.

## III.

## Der Ausdruck fideicommissarischer Willenserklärungen.

Zu § 918] Ein Fideicommiß setzt in der Person des Anordnenden voraus: 1) daß der Willensinhalt ein hinreichend bestimmter ist: der Wille muß eben des Anordnenden eigner und fertiger Wille seyn, daher weder die Person des Honoraten, noch der Gegenstand des Vermächtnisses schlechthin dem Belasteten oder einem Dritten überlassen seyn darf[9]; 2) daß der Anordnende

1) *fr.* 10. *de legat. I*; *fr.* 16. *de opt. leg.* (33, 5).
2) *fr.* 5. *de legat. I*; *fr.* 20. *de opt. leg.* (33, 5). Vergl. Cursus § 854 a. E.
3) *Paul. fr.* 4. *eod.* — 4) *fr.* 3. § 6. *ad exhib.* (10, 4).
5) *fr.* 6. 8. *pr. de opt. leg.* (33, 5). — 6) *Javol. fr.* 14. *eod.*
7) *ad fr.* 77. *de R. J.* — 8) s. Cursus § 855.
9) *fr.* 7. § 1. *de reb. dub.* (34, 5); *fr.* 69. § 4. *de jure dot.* (23, 3); *fr.* 52. *de cond.* (35, 1).

nicht nur fähig, sondern auch seiner Fähigkeit, anzuordnen, subjektiv gewiß ist[1]; 3) daß die vorgeschriebene äußere Form bei der Willenserklärung beobachtet ist[2]; und 4) daß der Wille gehörig ausgedrückt ist.

Eine bestimmte Art des Ausdrucks (innere oder Wortform) ist nicht Erforderniß. Während das Legat eigentlich imperativische Form, oder doch überhaupt direkt anordnende Willenserklärung (*verba civilia*) erfordert, genügt für das Fideicommiß optativische Form[3]; auch durch Zeichen oder concludente Handlung[4] kann ein Fideicommiß angeordnet werden[5]. Die römische Praxis ist hier sehr liberal; offenbar spielt die von Griechenland eindringende Sitte höflicher und weicher Ausdrucksweise[6] herein; man kam dazu, den bloßen Wunsch dem Befehl gleichzustellen und jede Andeutung eines Wunsches oder einer Erwartung, daß dem Dritten der genannte Vortheil zufließe, für ausreichend zu erachten. Neratius[7] sagt: *Eo modo relictum: exigo, desidero uti des, fideicommissum valet; sed et ita: volo hereditatem meam Titii esse, scio hereditatem meam restituturum te Titio.* Gaius[8] sagt: *Multum differunt ea, quae per fideicommissum relinquuntur ab his, quae directo jure legantur. Verba fideicommissorum haec maxime in usu esse videntur: peto, rogo, volo, fideicommitto, quae firma singula sunt. Cf. § 3. J. de sing. reb. (2, 24).* Ulpian[9] sagt: *Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis. Verba fideicommissorum in usu fere haec sunt: fideicommitto, peto, volo dari et similia. Etiam nutu relinqui posse fideicommissum, usu receptum est.* Paulus[10] sagt: *Qui fideicommissum relinquit, etiam cum eo, cui relinquit, loqui potest velut: peto, Gai Sei, contentus sis illa re, aut volo tibi illud praestari. Fideicommittere his verbis possumus: rogo, peto, volo, mando, deprecor; cupio, injungo. Desidero quoque et impero verba utile faciunt fideicommissum. Relinquo[11] vero et commendo nullam fideicommissi pariunt actionem.*

Die Frage der Wortfassung ist sehr wichtig, ein verschiedner Standpunkt denkbar. Auch heutzutage tritt bei der Auslegung von Testamenten die Frage entgegen, ob in den vom Testator gebrauchten laxen Wendungen und Worten eine bindende Auflage an den oder die Erben zu erkennen sei und folglich ein durchsetzbares Recht des Honoraten begründet werde. Es ist denkbar, daß der Erblasser den Erben nicht eigentlich hat verpflichten, sondern ihm nur einen Wunsch, eine Hoffnung hat ausdrücken, es in sein Ermessen hat stellen, an seine Freundlichkeit und Liebe hat appelliren wollen; denn er hat vielleicht guten Grund gehabt, z. B. seinen (entfernteren) Verwandten nicht ein wirkliches Recht gegen seine erbende Wittwe einzuräumen, aber hat dieser Verwandten doch gedenken und es der Wittwe empfehlen, nahe und ans Herz legen wollen, Etwas aus der Erbschaft zu spenden[12]; vielleicht hat diese Stellung der Gabe ins Ermessen der Wittwe ein Antrieb

---

1) *fr. 1. pr. de leg. I.* — 2) Testament, Codicill.
3) *legati seu precariis verbis* sagt Diocletian gegenüberstellend: *c. 5. de falsa causa* (6, 44).
4) *fr. 92. de cond.* (35, 1). — 5) *fr. 21. pr. de leg. I.*
6) Vergl. z. B. *persuadendum mulieri erit* in *fr. 1. pr. de insp. ventre* (25, 4).
7) *fr. 118. de leg. I.* — 8) *Comm.* 2, 268. 249.
9) *Fragm.* 24, 1—3. Dazu *fr. 115. de leg. I: credo te daturum.* — 10) *Sent. rec.* 4, 5. 6.
11) Auch dieser Ausdruck ward endlich zugelassen, wie wir aus einem Rescript Gordian's (a. 241) entnehmen (*c. 2. de his quae sub modo* 6, 45). Wir erkennen hieraus, dass des Paulus Schrift *Sententiae* jedenfalls einige Zeit früher gefertigt ist.
12) In einem der Leipziger Juristenfacultät vorgelegenen Testament hiess es: Ich habe zu meiner Frau das gute Zutrauen, dass sie meinen Blutsverwandten eine Summe von — hinterlassen werde.

für die Verwandten zu freundlichem Benehmen gegen jene seyn sollen. Mit Vorsicht also muß der Ausdruck des Wunsches, der Hoffnung, eines bloßen Vorschlags interpretirt werden. Anderseits ist zu berücksichtigen, daß das Verhältniß des Testators zu den Belasteten oft so zarter Natur ist, daß jener geflissentlich alle strengen und kategorischen Ausdrücke vermeidet und bittet, wo er befehlen will[1]. Hieraus erklärt sich, daß man sich immer leichter darein fand, auch die leisesten Andeutungen des Fideicommißwillens für ausreichend zu erklären; namentlich seit Neratius Priscus[2] und Marc Aurel, von welchem letzteren Papinian erzählt[3]: *Marcus Imperator rescripsit, verba, quibus testator ita caverat: non dubitare se, quodcunque uxor ejus cepisset, liberis suis redditur am, pro fideicommisso habenda. Quod rescriptum summam habet utilitatem: ne scilicet honor bene transacti matrimonii, fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui melius de matre praesumserat; et ideo Princeps providentissimus et juris religiosissimus, cum fideicommissi verba cessare animadverteret, eum sermonem pro fideicommisso rescripsit accipiendum.*

Papinian erklärt eine *epistola ad sororem scripta*, in welcher gesagt war: *scire te volo, donare me tibi aureos octingentos*, für ein Fideicommiß, hinzufügend: *placet enim, consistere fideicommissum, ac si defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur*[4]. Noch weiter geht Ulpian, indem er folgende Fälle aufstellt: *Si quis ita scripserit: sufficiunt tibi vineae vel fundus, fideicommissum est, quoniam et illud fideicommissum esse arbitramur: contentus esto illa re*[5]. *Quamquam fideicommissum ita relictum non debeatur: si volueris, tamen si ita adscriptum fuerit: si fueris arbitratus, si putaveris, si aestimaveris, si utile tibi fuerit visum vel videbitur; non enim plenum arbitrium voluntas heredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum*[6]. *Haec verba: te fili rogo, ut praedia, quae ad te pervenerint, pro tua diligentia diligas et curam eorum agas, ut possunt ad filios tuos pervenire, licet non satis exprimunt fideicommissum, sed magis consilium, quam necessitatem relinquendi, tamen ea praedia in nepotibus post mortem patris eorum vim fideicommissi videntur continere*[7]. Ein Rescript des Antoninus Pius stellt diesen Connivenzen gegenüber fest, daß die Wendung *illum tibi commendo* nicht als Fideicommißanordnung zu verstehen sei: *aliud est enim personam commendare, aliud voluntatem suam fideicommittentis heredibus insinuare*[8].

Für uns heutzutage fragt es sich, ob solche Interpretation im Geiste unseres Sprachgebrauchs liege und der römische *favor fideicommissorum* den Neigungen unserer Zeit entspreche. In Interpretationsfragen sind uns die römischen Sätze nicht unbedingt bindende Normen, und der Satz, daß im Fideicommißgebiete der Wunsch einem Befehl gleich gelten soll, so exceptionell, daß er für uns bedenklich erscheint.

---

1) In anderen Fällen thun auch wir das, z. B. in öffentlichem Anschlage: „man bittet, diesen Ort nicht zu verunreinigen — hier nicht zu rauchen“. Diese Bitte bedeutet Verbot.

2) s. *fr.* 118. *cit.* Vergl. dazu oben (Excurse) S. 317. 339.

3) *fr.* 67. §. 10. *de leg. II.* — 4) *fr.* 75. *eod.* — 5) *fr.* 11. § 4. *de leg. III.*

6) *fr.* 11. § 7. *eod.* — 7) *fr.* 11. § 9. *eod.*

8) *Ulp. fr.* 11. § 2. *eod.* Dazu *c.* 12. *de fideic. lib.* (7, 4).

## CII. Kapitel.

### III. Die gemischte Erbfolge.

(Zu § 921-926.)

### Das Prälegat.

Zu § 923] A. Der römische Satz: *heredi a semetipso legari non potest*[1], ist ein Satz der Consequenz, denn er sagt im Grunde nichts weiter als: wer Etwas als Erbe empfängt, kann es nicht zugleich als Vermächtniß empfangen. Wenn einem der Miterben ein Vermächtniß zugewendet worden ist, ohne daß er selbst von den Belasteten ausgeschlossen ist, würde er selbst nach der Anordnung als zu seinem Erbantheil mitbelastet gelten müssen, d. h. er müßte den seinem Erbantheil entsprechenden Bruchtheil des Vermächtnisses an sich selbst leisten. Solches Leisten an sich selbst aber ist sinnlos, es kann Niemand in diesem Sinne zugleich Onerat und Honorat seyn; daher der Satz: *a semetipso heredi legatum inutiliter videtur*[2] — *pro ipsius parte non consistit legatum*[3], d. h. er selbst kann es nicht als Vermächtniß empfangen, als Vermächtniß kommt es für ihn in Wegfall. Nur wenn eines Dritten Interesse in Frage kommt, kann es wirksam seyn, indem der Prälegatar den betreffenden Bruchtheil, wenn er einen Collegatar hat, diesem zu leisten hat: *quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit*[4]. Demgemäß beurtheilt Florentin[5] folgenden Fall: *Heredi a semetipso legatum dari non potest, a coherede potest. Itaque si fundus legatus sit ei, qui ex parte dimidia heres institutus est, et duobus extraneis: ad heredem, cui legatus est, sexta pars fundi pertinet. Quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario, duobus extraneis concurrentibus, non amplius tertia parte; extranei autem et ab ipso herede, cui legatum est, semissem, et ab alio herede trientem vindicabunt.* Hier würde der Miterbe, welchem zugleich legirt ist, wegen der Concurrenz zweier Collegatare Anspruch auf ein Drittel des *fundus legatus* haben, aber da er sich die Hälfte dieses Drittels als belasteter Erbe selbst leisten müßte, so kann er nur ein Sechstel empfangen, und das andere Sechstel wächst seinen Collegataren zu.

Wird der Prälegatar nicht Erbe, so liegt kein Grund vor, zu dem betreffenden Antheil das Legat für unwirksam zu erklären, vielmehr hat der Bedachte solchenfalls Anspruch auf das ganze Legat: *si heres, cui legatum fuit, hereditatem non adiit, solidum ab altero herede consequi potest*[6]. Die juristische Construction dieses Falles ist bestritten[7].

B. Die civile Anordnungsform des Prälegats war: *L. Titius Stichum praecipito!* Gaius führt diese Form an letzter Stelle unter den Anordnungsformen auf[8]; vielleicht ist daraus zu entnehmen, daß das Prälegat unter den aufgeführten vier Arten die jüngste ist. Sein praktischer Zweck, einem Miterben bestimmte Sachen aus dem Nachlaß zu sichern[9], dürfte ursprünglich

---

1) *Ulp.* 24, 22. — 2) *Jul. fr.* 18. *de leg. I*; *Ulp. fr.* 34. § 11. *eod.*

3) *Pap. fr.* 18. § 2. *de his quae ut indignis* (34, 9). Vergl. Kretschmar d. Natur d. Präleg. S. 18.

4) *Ulp. fr.* 34. § 11. *eod.* — 5) *fr.* 116. § 1. *eod.*

6) *Jul. fr.* 91. § 2. *de leg. I.* Dazu *fr.* 17. § 2. und *fr.* 18. *eod.*

7) Vergl. v. Buchholtz d. Lehre v. d. Prälegaten (1850) S. 168 ff. Arndts in Glücks Comm. Bd. 47. S. 69 ff. Kretschmar *l. c.* S. 26 ff. Mir scheint hier dasselbe Princip zu gelten, wie in *fr.* 25. § 1. *de usufr.* (7, 1): *in pendenti est* (Julian). — 8) *Gai.* 2, 192. 216.

9) Bloss dem Miterben ein Plus zu sichern, wäre ja durch Einsetzung auf eine grössere Portion erreichbar gewesen. Vergl. übrigens Buchholtz *l. c.* S. 33 ff. Degenkolb *de legato quod fiebat per praecept.* (1855) p. 9. 14.

durch die *institutio ex re* erfüllt worden seyn[1]. Ich halte diese für die ursprünglichere und naivere Figur[2], und vermuthe, daß die Sicherung der *dos* für die betreffende Ehe das erste Hauptmotiv für Prälegate gewesen sei.

Wie es Sitte ward, daß der *maritus sui juris* seiner Wittwe die *dos* relegirte[3], so auch, daß, wenn die *dos* in das Vermögen des noch lebenden *paterfamilias mariti* gelangt war, dieser die *dos* seinem Sohne, dem Ehemanne, legirte. Ein solches Legat war einfaches Legat, falls der Testator seinen Sohn enterbte[4], Prälegat aber, falls er (was doch das Gewöhnliche war) ihn zum Miterben ernannt hatte. Seit Julian und Celsus wurde angenommen, daß der verheirathete *filiusfamilias* einen Anspruch auf diese *dos* habe und sie als Präcipuum gegenüber den etwaigen Miterben seines Vaters fordern dürfe, auch wenn sie ihm nicht prälegirt war, d. h. die *dos* war hier ein gesetzliches Vermächtniß[5].

C. In den Anfängen der Kaiserzeit trat das Prälegat in den Vordergrund der Theorie. Seit Sabinus begann man, die Schwierigkeiten der *institutio ex re* dadurch zu umgehen, daß man den Prälegatsbegriff substituirte[6], und aus des Gaius Beschreibung des *legatum per praeceptionem*[7] sehen wir, daß unter Proculianern und Sabinianern über die Auffassung desselben gestritten wurde. Die eine Streitfrage betrifft allerdings nur die Wortform, nicht das Princip des Prälegats: der Ausdruck *praecipere* bedeute *praecipuum sumere*, sagten die Sabinianer, und daher meinten sie im Gegensatz zu den Proculianern, könne es nur als wirkliches Prälegat zu Gunsten eines Miterben verstanden werden und sei ungültig, wenn mit diesem Ausdruck einem Nichterben legirt worden. Dagegen handelte es sich um das Princip der Auffassung, wenn die Sabinianer meinten, daß der Prälegatar seinen Legatsanspruch nur mit persönlicher Klage (*judicium familiae herciscundae*), aber auch in dem Falle, daß der Testator nur die *actio fiduciae* auf Rückgabe des Gegenstandes hatte, geltend machen könne, während nach der Ansicht der Proculianer das Präceptionslegat einfach als Vindicationslegat behandelt werden sollte.

In beiden Streitfragen entschied die Zeit Hadrian's für die proculianische Ansicht[8].

---

1) s. Kuntze üb. d. Erbeinsetzung auf best. Nachlassstücke (1875) II. S. 5. Vergl. oben (Excurse) S. 649. *sub f.*

2) s. Kuntze *l. c.* I. S. 9—22. — 3) *Labeo fr.* 13. *de dote prael.* (33, 4).

4) *Pap. fr.* 7. *pr. eod.* — 5) M. Voigt die *lex Maenia de dote*, S. 64. Kretschmar S. 190.

6) s. Kuntze *l. c.* II. S. 25. 27. Vergl. oben (Excurse) S. 649. — 7) *Gai.* 2, 216—223.

8) *Gai.* 2, 218. 221. Es ist hier nicht klar, wie die Constitution Hadrian's sich zu der Meinung Julian's verhielt.

# SECHSTES BUCH.

## Das jus militare.

---

### CIII—CV. Kapitel.

### I.

### Milites und Pagani.

(Zu § 927–941.)

Zu § 927] A. Ich schließe meine Darstellung des Systems des classischen Rechts im Cursus mit der Schilderung eines Standesrechts, welches in den Lehrbüchern fast immer nur in Gestalt vereinzelter Ausnahmesätze durch das System zerstreut auftritt. Der für mich entscheidende Bestimmungsgrund dazu war die Erkenntniß, daß das *jus militum* im Laufe der Kaiserzeit die praktische und theoretische Bedeutung eines allgemeinen Standesrechts gewann, und daß es vor dem Blicke der Römer dieser Zeit gleichsam wie die andere Hemisphäre des Reichsrechts erschien. Der Unterschied der *cives* und *peregrini* hörte innerhalb der Reichsgrenzen allmählich auf, eine Rolle zu spielen, der Soldatenstand wuchs dafür immer mehr an Ansehn und Geltung. In seiner Ausbildung und Anerkennung vollzog sich offenbar ein allgemeiner socialer Proceß, und das neue Standesbewußtseyn, abgelöst vom bürgerlichen Organismus der freien Bewohnerschaft, ward zum Gefäß eines neuen Rechtsbewußtseyns, zu einem Gefäß, in welchem italisches, griechisches, asiatisches, keltisches und vornehmlich auch germanisches Blut sich mischte, und der classisch-antike Typus in seinem innersten Wesen angegriffen und zersetzt wurde.

Man wird um so minder ein Bedenken gegen diese abgesonderte und nachträgliche Zusammenstellung der Sätze des Militärrechts haben, wenn man erwägt, daß dieses Standesrecht sich vornehmlich im erbrechtlichen Gebiete zeigt, und daß es sich daher in ungezwungener Gedankenfolge an diesem letzten Abschnitt des Systems des *jus privatorum* anknüpfen läßt. Ich möchte überdies hinzufügen, daß es nicht ohne Interesse ist, durch derartige Zusammenstellung einer größeren Anzahl von Ausnahmen am Auge des studierenden Lesers eine Reihe der wichtigsten Regeln des Civilrechts nochmals vorüberzuführen, welche an jenen Ausnahmesätzen eine lehrreiche Folie gewinnen und, in der Erinnerung accentuirt, um so plastischer hervortreten.

Wir treffen im Militärrecht der Kaiserzeit allerdings nicht wenige Rechtssätze an, welche ganz den Karakter von bloßen Privilegien tragen und mehr äußerlich als innerlich motivirt sind: dies ist namentlich von der Anerkennung formloser Testamente zu sagen, wofür auch in den Quellen besonders häufig der Ausdruck *privilegium militum* vorkommt[1]; allein daneben findet sich eine große Reihe von Rechtssätzen, welche nicht erklärbar sind aus dem Gesichtspunkt eines bloßen Privilegium für einen, wenn auch noch so einflußreichen, Stand. Es macht sich in ihnen vielmehr eine

---

1) z. B. in *fr.* 20. § 1; *fr.* 21. 24. *de test. mil.* (29, 1).

andere, neue Welt- und Lebensanschauung bald versteckt, bald deutlich geltend, eine Anschauung, die noch weniger, als das *jus honorarium*, dem alten Civilrecht verwandt ist, und noch weniger, als jenes, aus den nationalen Bedingungen des classischen Römerthums begriffen werden kann. Vom Standpunkte des ächten Römers aus muß gesagt werden, daß barbarische Einflüsse hier sich Geltung erzwangen und eine völlige Umwandlung des Rechts des römischen Reichs vorbereiten halfen. Das vordem in das römische Recht recipirte *jus gentium* ist von mir als die hellenistische Praxis der Osthälfte des Reichs bezeichnet, und so jener sonst viel zu abstrakt und unbestimmt aufgefaßte Begriff mit realistischer Füllung ausgestattet worden: in ähnlicher Weise läßt sich hier der formale Begriff des *jus militare* auf reale Factoren zurückführen und lebendig machen, indem wir berücksichtigen, wie das Imperatorenthum sich mehr auf die Provinzen, als auf Rom, und immer mehr auf die fremden Elemente in den Legionen, als auf das römische Bürgerthum stützte. Dieses letztere erlahmte und alterte; der Bürger ward Privatmann, zog sich ängstlich vom Schauplatze der öffentlichen Verrichtungen zurück und floh den Druck der gemeinnützigen Dienste und Lasten; frische Thatkraft, jugendliches Volksthum, naiver schöpferischer Rechtssinn waren fast nur noch in den Reihen des Heers zu finden, welches nicht bloß die Fähigkeit, sondern auch den Muth hatte, die nationalen Schranken, welche im Reiche gefallen waren, auch im Recht zu zerbrechen.

Unter diesem Gesichtspunkt allein sind jene tief einschneidenden Militärsätze zu verstehen, durch welche im Grunde der ganze Bau des römischen Erbsystems untergraben ward: *Militi licet plura testamenta facere*[1] — *Miles pro parte testatus decedere potest, pro parte intestatus*[2] — *Miles et ad tempus heredem facere potest*[3]. Im Hintergrund dieser neuen Sätze lag nämlich der Gedanke, daß die Qualität des Erben nicht mehr eine wesentlich totale Repräsentation des Erblassers sei, und der letztwillige Delationsgrund nicht mehr die absolute Superiorität habe: denn aus diesen Grundideen, bez. ihrer Combination waren jene alten Erbrechtssätze entsprungen, zufolge deren ein Testament nothwendig die ganze Erbfolge umfassen und bestimmen mußte und also weder für ein zweites Testament, noch für die gesetzliche Erbfolge einen Raum übrig lassen konnte, und zufolge deren die Erbfolge einen *character indelebilis* begründete. Mit Wegfall oder Beschneidung dieser Fundamentalsätze war die Idee in Frage gestellt, daß der testirende Erblasser kraft eignen Willens als Persönlichkeit in einer anderen Person, der des Erben, fortlebe, und daß der Erbe eine Verbindung mit der Persönlichkeit des Testator auf Zeit und Ewigkeit eingehe. Das war die nationale Grundidee des römischen Erbrechts gewesen, welche auch der Prätor bei aller Freiheit seines fortbildenden Einflusses nicht gewagt hatte anzutasten: was der Magistrat des römischen Volks in der Republik nicht gewagt hatte, das wagte der Soldat des römischen Kaisers in der Zeit des absterbenden Römerthums zu fordern und der Kaiser zu gewähren.

Neuerungen von gleicher Tragweite waren in den Sätzen enthalten, daß, wenn der *miles* zu seinem castrensischen und seinem bürgerlichen Vermögen verschiedene Erben berief, diese Theile des Vermögens völlig getrennte Erbmassen bilden sollten, und daß, wenn ein *filiusfamilias* castrensisches Gut

1) *Ulp. fr.* 19. *pr. de test. mil.* (29, 1). — 2) *Ulp. fr.* 6. *eod.*
3) *Ulp. fr.* 15. § 4. *eod.* Vergl. Cursus § 825. 833. 860. 934. Excurse S. 361. 362.

erwarb und darüber letztwillig oder sonst verfügte, auch dieses Gut als ein Vermögen für sich und zwar als freies und eignes Vermögen des *filiusfamilias miles* angesehen werden solle [1]. Das waren Sätze, welche in grundsätzlichem Widerspruch zu der alten nationalen Rechtsanschauung standen, wonach die Persönlichkeit eines Menschen, eines Bürgers ein schlechthin concentrirtes und einheitliches Wesen war. Zwei Vermögenssphären aber hatten zur begrifflichen Voraussetzung zwei Persönlichkeiten. Eine Doppelpersönlichkeit in Einem Menschen anzunehmen, dazu mußte sich also die Kaiserzeit verstehen, wenn obige Neuerungen beliebt wurden, und so geschah es; aber Römerrecht war das nicht mehr. Welcher Grundsatz des römischen Vermögens- und Erbsystems stand dann noch fest, wenn man sich zu solchen Sätzen, wie diese sind, verstieg: *quasi duorum hominum duae hereditates intelliguntur, si miles alium castrensium rerum, alium ceterarum scripsisset* [2], und *filiusfamilias miles duplex jus sustinet, patris et filiifamilias* [3]? Und mit dem letzteren Grundsatz, welcher direkt so formulirt wurde: *filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum funguntur* (*Ulp.*), war zugleich jene abschüssige Bahn eröffnet, welche schließlich zur Auflösung der *patria potestas*, der eigentlichen Grundmauer des römischen Privatrechtssystems, führen mußte. Ob auch die Koryphäen diesen Auflösungsproceß noch aufhielten, z. B. ein Papinian ausgesprochener Maaßen bei der Formulirung des *peculium castrense* der *paterna verecundia* Rechnung trug [4], und Severus Alex. rescribirte: *manent milites in potestate parentum* [5]: so war doch der entscheidende Schritt zur Entwickelung jenes Peculiensystems geschehen, dessen Ausbildung unter Justinian uns das System der *patria potestas* in völliger Auflösung begriffen zeigt, und man könnte in neuer Anwendung den bekannten Satz des Paulus in *fr. 19. § 7. de captiv. (49, 15)* [6] so wiederholen: das *jus militare* begann die *patria potestas*, das Fundament des *jus commune s. paganorum*, zu untergraben.

B. Es erhellt hieraus, daß in dem *jus militum* ein neues System von Rechtsideen zur Ausbildung kam. Den römischen Juristen selbst blieb das nicht verborgen. Seit der Zeit des Pomponius tritt der Gegensatz des *jus militum* zu dem gewöhnlichen bürgerlichen Recht immer entschiedener hervor, und die Terminologie stellt sich fest. Gaius bezeichnet das bürgerliche Recht in diesem Gegensatzé einmal als *juris civilis regula* [7], Julian nennt es *commune jus civium Romanorum* [8]; gewöhnlich wird es kurzweg *jus commune* genannt [9]. Das Militärrecht heißt bald *mos militiae* [10], bald *jus militiae* [11], in der Regel *jus militare*. Severus Alexander bedient sich der Ausdrücke *jus militare* und *civile* [12].

Jemehr das zurückgezogene und kraftlose Leben der gewöhnlichen Bürger in Schatten gestellt wurde von der Thatkraft und Selbstbewußtheit des Soldatenthums, und je weniger das Recht eines römischen Bürgers noch mit praktisch erheblichen Prärogativen verknüpft war: um so entschiedener mußte der Glanz der Civität erbleichen. Dem Soldatenstand gegenüber spielte das Bürgerthum nun die kümmerliche Rolle von Privatleuten. Statt *cives*

---

1) s. Cursus § 935. 939. — 2) *Jul. fr.* 17. § 1. *de test. mil.* (29, 1).
3) *Pap. fr.* 15. § 3. *de castr. pec.* (49, 17).
4) *fr.* 14. § 1. *de castr. pec.* (49, 17). Vergl. freilich die Redensart in *fr.* 23. § 2. *de fideic. lib.* (40, 5).
5) *c.* 3. *de castr. pec.* (12, 37). — 6) s. oben (Excurse) S. 582.
7) *fr.* 17. § 4. *de test. mil.* (29, 1). — 8) *fr.* 20. *pr. eod.*
9) z. B. *Ulp. fr.* 3. *eod.*; *Marcell. fr.* 25. *eod.*; *Paul. fr.* 34. § 1. und *fr.* 36. § 3. *eod.*
10) *Tertull. fr.* 33. § 1. *eod.* — 11) *Paul. fr.* 34. § 1. *eod.*
12) *c.* 9. *de inoff. test.* (3, 28).

*Romani* wurde daher jetzt häufig der Ausdruck *privati* gebraucht im Gegensatz der *milites*[1]; dem *jus militum* stand das *jus privatorum* gegenüber[2].

Statt der Ausdrücke *miles et privatus*, welche in dem von Callistratus[3] angeführten *Sctum* stehen, finden sich in einem anderen, von Ulpian[4] angeführten *Sctum* die Ausdrücke *milites*, *pagani* (*et Senatores*), und ebenfalls treffen wir in einem Rescript des Divus Marcus den Ausdruck *paganus*[5]. Dieser Ausdruck ist neu in dieser Anwendung. Das früheste bekannte Vorkommen desselben ist wohl der Titel einer Schrift des unter den Antoninen lebenden Juristen Claudius Saturninus[6]: *liber singularis de poenis paganorum*[7]; Urheber einer Monographie gleichen Titels war später auch Paulus. Dann finde ich den Ausdruck *Pagani* bei Pomponius in der bekannten Stelle: *jus nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est*[8], und bei Gaius in Anwendung auf eine Exheredationsfrage: *in paganorum testamento hereditas sola exheredatione*[9] *adimi non potest*[10]. Daß nun jener Ausdruck die officielle und allgemeine Bezeichnung der einfachen Bürger (*cives*, *privati*, „Civilisten") wurde, ersehen wir aus zahlreichen Stellen römischer Juristen und kaiserlicher Constitutionen:

| | |
|---|---|
| Maecian: | *fr. 14. de test. mil.* (*29, 1*); *fr. 42. de fid. lib.* (*40, 5*). |
| Scaevola: | *fr. 96. ad leg. Falc.* (*35, 2*). |
| Callistratus: | *fr. 12. § 1. de custod. reor.* (*48, 3*). |
| Tertullian: | *fr. 33. § 2. de test. mil.* (*29, 1*). |
| Macer: | *fr. 14. de poen.* (*48, 19*). |
| Ulpian: | *fr. 7. § 6. de donat.* (*39, 5*); *fr. 12. § 1. de injusto test.* (*28, 3*); *fr. 3. de test. mil.* (*29, 1*). |
| Paulus: | *fr. 38. § 1. de test. mil.* (*29, 1*); *fr. 26. de lib. instit.* (*28, 2*); *fr. 52. de manum. test.* (*40, 4*). |
| Modestin: | *fr. 50. locati* (*19, 2*). |
| Caracalla: | *c. 1. de test. mil.* (*6, 21*). |
| Sever. Alex.: | *c. 7. eod.* |
| Gordian: | *c. 7. de re mil.* (*12, 36*). |

In der Sprachweise des 3. Jahrhunderts also stand dem *jus militare* das *jus paganorum* gegenüber, welches nichts andres war, als das alte Römerrecht, das *jus proprium Romanorum*, dieses allmählich auf fast alle freien Reichsbewohner ausgedehnte Recht, und insofern *jus commune* genannt, nun aber bescheiden als ein Recht der Privatleute bezeichnet. (Wie der Ausdruck *pagani* später zu einem anderen Sinne kam, und welche Bedeutung diese Wandlung hatte, ist unten im letzten Excurs zu zeigen.)

Und wie hatte jenes Wort die Bedeutung eines Gegensatzes zu dem Stande der *milites* erhalten? Vermuthlich war dieser Gebrauch des Wortes *pagani* von den Soldaten selbst erfunden. Sie mochten ihre befestigten Heerlager (*castra*), die zu wichtigen Sammelpunkten, Schutzstätten und Burgen, ja zu bevorzugten Städten wurden, als die erhabenen Orte im Reich betrachten und auf Alles, was außerhalb lag, auf „das platte Land" vornehm und

---

1) z. B. in *fr. 66. § 1. de evict.* (21, 2); *fr. 7. de incendio* (47, 9); *fr. 3. § 1. de muner.* (50, 4).
2) Andere Gegensätze s. in *fr 4. § 8. de manum.* (40, 1); *fr. 32. de injur.* (47, 10).
3) in *fr. 7. cit.* — 4) in *fr. 1. § 2. de fugitiv.* (11, 4). — 5) *fr. 9. § 1. de test. mil.* (29, 1).
6) wohl identisch mit Venulejus Saturninus: s. Fitting üb. d. Alter d. Schriften röm. Juristen (1860) S. 18.
7) *fr. 16. de poenis* (48, 19). — 8) *fr. 7. de R. J.*
9) Vergl. dazu Mühlenbruch in Glück's Comment. Thl. 42. S. 89.
10) *fr. 17. § 2. de test. mil.* (29, 1).

geringschätzig herablicken. *Pagani* waren ihnen also die Bewohner des Reichs außerhalb der *castra*[1], und dieser Ausdruck war gerade in den Provinzen treffend, wo noch viele Reste der nationalen Gauverbände waren, das Volk vielfach als Landvolk zerstreut umherwohnte und die *castra* oft als die einzigen geschlossenen Wohngemeinschaften erschienen. Es ging also der neue Gebrauch des Wortes von den Provinzen aus, wo nicht bloß die Standquartiere der Legionen zu Mittelpunkten des politischen Lebens wurden, sondern namentlich auch die zahlreichen Veteranencolonien zu wichtigen Städten heranwuchsen. Von ihnen unterschieden sich die offenen Strecken, deren freie Bewohnerschaft in Masse das Bürgerrecht erlangte, ohne doch des alten Ansehns römischer Bürger theilhaft zu werden, und ohne die Lebensart derselben anzunehmen. Hierzu kommt, daß in Gemäßheit jenes Grundsatzes der Kaiser: *armis, non privatis negotiis, milites occupentur*[2], die Soldaten systematisch von aller Verflechtung in das gemeinbürgerliche Verkehrsgetriebe[3], und vornehmlich vom Grundbesitz in der Provinz ihres Standquartiers abgezogen wurden[4]; *Milites prohibentur praedia comparare in his provinciis, in quibus militant*[5] — *Milites agrum comparare prohibentur in ea provincia, in qua bellica opera peragunt: scilicet ne studio culturae militia sua avocentur, et ideo domum comparare non prohibentur*[6]. Städtische Gebäude also durften die Soldaten erwerben, aber ländlicher Grunderwerb und Ackerwirthschaft waren ihnen verboten. So bildete sich der Gegensatz der Soldaten zu den Landbewohnern oder Landleuten als Nichtsoldaten und schließlich hießen alle Freien im Reiche, die nicht Soldaten waren, die Städter mit inbegriffen; *pagani.*

## II.

### Ursprung und Entwickelung des *peculium castrense.*

Zu § 938] A. Das *peculium castrense,* oder, wie die römischen Juristen zu sagen lieben, *castrense peculium* ist die eminenteste und karakteristischeste Erscheinung des Privatrechts der (ersten) Kaiserzeit und, fast möchte ich sagen, der Centralgedanke des *jus extraordinarium*[7]. Der Militärsphäre des Imperator entspricht *in jure privato* diese neue Art des *peculium.* Wie der Imperator auf der Grenze der Republik steht, so der *filiusfamilias miles* auf der Grenze der *patria potestas.* Aber Augustus hat verstanden, Beides noch innerhalb des republicanischen Rahmens unterzubringen[8].

Schon Caesar soll ein das Erbrecht betreffendes militärisches Privilegium aufgestellt haben, welches freilich erst lange nachher (seit Trajan) zu einem ständigen Artikel in den kaiserlichen Mandaten erhoben ward; es enthielt die Entbindung der *milites* von den Solennitätsfesseln der Testamentserrichtung, war also ein formelles Privileg[9]. Materieller Art dagegen ist das als ein Gedanke August's bezeichnete Privilegium, aus welchem das Institut des

---

1) Ursprünglich mögen *pagani* die zerstreuten und entlegenen Landbewohner gewesen seyn, im Gegensatz der Bewohner der *oppida.* Alle eigentlichen Gemeinden im Reich waren ja Stadtgemeinden, das ganze Reich ein System von Städten.

2) *Leo: c.* 31. *de locato* (4, 65). — 3) *fr.* 12. § 1. *de re mil.* (49, 16).

4) Vergl. Fitting d. *castrense peculium* (1871) S. 56. 58.

5) *Marcian: fr.* 9. *eod.* — 6) *Macer de re militari: fr.* 13. *pr. eod.*

7) Vergl. oben (Excurse) S. 379. sub D. 2. c.

8) s. oben (Excurse) S. 280. 290.

9) s. Cursus § 929. 932, und Fitting d. *castrense peculium* (1871) S. 10. 11.

*castrense peculium* erwuchs. Wenn ich dasselbe mit der „dyarchischen“ Staatsorganisation August's, oder, wie ich mich ausgedrückt habe[1], mit dem castrensischen Filialstaat der ersten Kaiserzeit verglichen habe, so trifft die Vergleichung auch darin zu, daß beide Gedanken, entsprungen in August's Kopfe, erst nach und nach zu einem ganzen und festen System reiften, und Stufen der Entwickelung unterschieden werden müssen. Dies ist für das *castrense peculium* bisher nicht genug erkannt worden. Ich habe in der 1. Auflage des Cursus[2] hierauf aufmerksam gemacht, und was ich dort andeutete, ist dann durch Fitting[3] ausführlich begründet und geläutert worden.

Daß der militärische Erwerb des Haussohnes ursprünglich einfaches Peculium und die abgesonderte Verwaltung desselben durch den Haussohn nur von der Sitte geschützt war, kann nicht bezweifelt werden[4]. Den Soldaten pflegten reichliche Donative zuzufließen, von welchen die Hälfte für die Beschenkten in der Spaarkasse der Cohorte zurückbehalten und für die Zeit der Entlassung aus dem Kriegsdienst aufbewahrt wurde. Dieses Capital gewaltfreier so gut wie gewaltuntergebener Soldaten nannte man *castrense peculium*[5], und der Name blieb, als die Sitte rechtlich sanctionirt wurde.

Dies geschah durch Augustus dadurch, daß er den *filiifamilias milites* die *libera facultas testamento relinquendi*[6] gewährte. Hiermit war keineswegs Emancipation solcher Haussöhne erklärt, die *patria potestas* nicht umgestoßen, den Vätern ihr Vermögensrecht über das, was der Sohn *in castris* erwarb, nicht principiell genommen. Aber es war doch der Anfang einer Linie gesetzt, an deren Ende der Satz stand, daß der *filiusfamilias miles* betreffs seines *castrense peculium loco patrisfamilias* sei. Es wäre ganz falsch, diesen Satz an den Anfang der Linie zu stellen; er war vielmehr das theoretische Resultat eines zweihundertjährigen Entwickelungsprocesses; dessen Dauer zeigt uns die Stärke der römischen Rechtsfundamente, von welchen nun abgewichen ward, und die Zähigkeit des römischen Gestaltungssinns, welcher sich hier in neuen Lineamenten offenbarte. Wenn Maecian (unter den Antoninen) die Stellung des Hausvaters zu dem *castr. peculium* mit derjenigen des Ehemanns zum *fundus dotalis* und mit derjenigen des *prodigus* zu seinem Vermögen vergleicht[7], so ist klar, 1) daß er noch immer dem Hausvater das Eigenthum am *castr. peculium* zuschreibt, und 2) daß er nach einer Formel sucht, durch welche die dem Hausvater gezogene Schranke ausgedrückt wird. Die ganze Theorie ist bei Maecian noch im Fluß. Sehr unvollkommen ist die Vergleichung mit dem Dotalverhältniß, denn dem Ehemanne steht die Verwaltung über das Dotalgrundstück zu, und nur die Veräußerungsbefugniß ist ihm beschränkt; treffender ist die Vergleichung mit dem Vermögensbann des Verschwenders, denn dieser hat weder Verwaltungs-, noch Veräußerungsbefugniß, d. h. beides ist suspendirt, gerade wie bei dem Hausvater betreffs des *castr. peculium*[8], seitdem Augustus obige

1) s. oben (Excurse) S. 281. — 2) Cursus (*ed.* 1.) § 929. 937—939.
3) d. *castr. peculium* S. 17—23. 92 ff. 124 ff. 348 ff.
4) Fitting S. 17. 99.
5) *Vegetius de re militari* 2, 20. Dazu Marquardt Röm. Alterth. III. 2. S. 429 u. Fitting S. 18.
6) Marcell's Ausdruck in *fr.* 15. *de m. c. don.* (39, 6).
7) *fr.* 18. *de castr pec.* (49, 17).
8) „Es wurde hierbei der Maassstab nicht entlehnt von einem Haussohn, dem sein Gewalthaber ausdrücklich die Verwaltung seines Peculium eingeräumt hat, sondern von dem Curator eines Interdicirten“. Fitting S. 104.

Verordnung erlassen hatte. Obwohl Maecian daher mit Recht besonderes Gewicht auf diese Vergleichung legt, verkennt er doch nicht, daß sie nicht schlechterdings zutrifft; er bemerkt ausdrücklich, daß der Hausvater solche Rechtsakte bedingt wirksam vornehmen kann, welche erst in Zukunft wirken sollen, und welche dem Haussohn nicht nachtheilig sind[1].

Schon August's Bestimmung war nicht ein bloßer Punkt, sondern der Anfang der Linie; der neue Satz, scheinbar so schmal, enthielt allerhand Consequenzen, vor Allem den Satz, daß der Hausvater dem Sohne Verwaltung und Genuß, so lange dessen Testirfähigkeit dauerte, nicht entziehen oder schmälern durfte. Was bisher nur Sitte gewesen, war nun Recht, und die Vergleichung mit der *interdictio bonorum* lag nahe genug[2]. Nicht minder ergab sich aus dem ersten Satze, daß der Hausvater, wie er nichts veräußern durfte aus dem *castr. peculium*, so auch nicht durch andere Handlungen indirekt dieses *peculium* verringern durfte, daher die Gläubiger des Hausvaters sich nicht an das *peculium* halten durften[3]. Allein was den Effekt des Testirens anlangt, so lag in dem ertheilten Recht freilich nicht die Befugniß, Tutoren zu ernennen, *pupillariter* zu substituiren, (castrensische) Sklaven letztwillig freizulassen, *per vindicationem* zu legiren, weil dem Testator ja die väterliche Gewalt über seine Kinder und das Eigenthum über sein *castr. peculium* fehlte; aber *per damnationem* konnte der Haussohn nun legiren, die von ihm ernannten Erben erlangten durch Erbantritt seinen Nachlaß als *hereditas*[4], und, wenn der Sohn (durch Vaters Tod oder Emancipation) gewaltfrei wurde[5], verblieb ihm das *castr. peculium ipso jure* als eignes Vermögen[6].

Ob alles das seit Augustus auf die Dauer feststand, ist zweifelhaft, weil in *pr. J. quib. non est permissum (2, 12)* nach Augustus noch Nerva[7] und Trajan als Begründer des Testirprivilegs aufgeführt werden. Diese mögen das Privileg, nachdem es vielleicht von Tiberius ignorirt worden, aus Anlaß der Erweiterung der allgemeinen militärischen Testamentsprivilegien wieder in die Mandate aufgenommen haben, „und so wäre es denn gleich diesen Privilegien erst am Ende des 1. Jahrhunderts ein bleibendes Rechtsinstitut geworden. Dafür spricht auch, daß das *castr. peculium* vor dem Beginn des 2. Jahrh. von Seite der schriftstellerischen Bearbeitung noch keine Beachtung erfahren zu haben scheint, da die ältesten Stellen[8] nicht über Hadrian[9] zurückgehen".

Dieser Kaiser[10] bezeichnet eine neue Stufe in der Weiterentwickelung des Augustischen Gedankens. Er gab das Testirprivileg auch den Veteranen, d. h. er bestimmte, daß im Falle ehrenhafter Entlassung das *castr. peculium*

---

1) Fitting S. 100—102.

2) Eine andere sinnreiche Vergleichung macht Fitting S. 103 ff. „Das Verhältniss des Cridars zur Concursmasse hat mit demjenigen des Vaters zu dem *castr. pec.* seines Haussohnes, so wie es ursprünglich aufgefasst wurde, die allergrösste Verwandtschaft".

3) *pr. J. quib. non est permiss.* (2, 12). Dazu Fitting S. 101.

4) *pro hereditate, quasi hereditas: fr. 2. 9. de castr. pec.* (49, 17).

5) Fitting S. 117 ff.

6) *pr. J. qu. non est permiss.* (2, 12). Dazu Fitting S. 123. Analogie der *dos: fr. 14. pr. ad leg. Falc.* (35, 2)*: dos in hereditate patris non invenitur.*

7) s. oben (Excurse) S. 313 über diesen Kaiser.

8) Julian und Pomponius (s. Fitting S. 20).

9) An diesem Punkte wird es recht deutlich, wie falsch die (von mir im Vorwort der 2. Aufl. des Cursus berührte) Ansicht ist, dass das System des röm. Rechts aus der Zeit Hadrian's entnommen werden müsste, wo das *castr. peculium* eine wissenschaftlich noch kaum greifbare Gestalt war.

10) *A militibus propter curam exercitus nimis multum amatus est, simul quod in eos liberalissimus fuit: Spartian. Hadr.* 21. Vergl. oben (Excurse) S. 313.

diesen Karakter nicht verlieren solle, und begründete damit die Anschauung, daß das Privileg nicht ein persönliches der Soldaten, sondern ein sachliches des castrensischen Peculium sei[1]; er erstreckte das Privileg auf die Erbschaft, welche dem Haussohne durch Testament seiner Ehefrau zukam[2]; er gab ferner dem Haussohne das Recht, castrensische Sklaven frei zu lassen, und fügte dem später die Bestimmung hinzu, daß im Freilassungsfalle der Haussohn nicht bloß auf Lebenszeit ein Vorzugsrecht vor dem Vater am Freigegelassenen[3], sondern volles Patronatrecht erlangen solle[4].

Trotzdem hielt Maecian[5] noch an der Vorstellung fest, daß das *in castris acquisitum* zum Vermögen des Vaters gehöre. Erst durch Marcellus bereitete sich ein neues Dogma vor[6], welches vom dem unbeschränkten Freilassungsrechte ausgehend den Gedanken enthielt, daß nicht der Vater, sondern der Sohn Eigenthümer des castrensischen Erwerbs sei; dieser Gedanke kam durch Papinian und Ulpian zur Herrschaft, indem zu Gunsten des Vaters nur die Beschränkung beigefügt ward, daß, wenn der Sohn ohne wirksames Testament starb, der Vater *jure peculii* dessen Nachlaß erhielt[7].

Etwa gleichzeitig mit dieser theoretischen Evolution vollzog sich eine wichtige praktische Erweiterung der Peculiumsphäre, indem dazu außer dem *in castris acquisitum* nun auch das *eunti in militiam donatum* gerechnet wurde: eine wohl der Zeit des Septimius Severus angehörende Neuerung[8]. Mit Recht bemerkt Fitting, das Testiren über vom Vater selbst empfangenes Gut widerstrebe so stark der väterlichen Gewalt, daß die Erstreckung der Testirbefugniß hierauf nicht sofort eintreten konnte. In der That, noch unter Marc Aurel beschränkte sich das *castr. peculium* wesentlich auf den Erwerb während des Kriegsdienstes[9]. Zuerst Tertullian erwähnt die Sachen, *quae tulit (miles) secum in castra concedente patre*, als Bestandtheil des *castr. peculium*[10]; Paulus bezeichnet nun demgemäß in seinen (wahrscheinlich unter Caracalla gefertigten) *Sententiae*[11] dieses Peculium mit Unterscheidung beider Hauptstücke als dasjenige, *quod in castris acquiritur vel quod proficiscenti ad militiam datur*[12], und Severus Alexander wiederholt in mehrern Rescripten diese Unterscheidung[13]. Fitting[14] führt aus, daß nur Mobilien, aber auch alle solche, welche dem Sohne beim Eintritt ins Heer geschenkt (nicht letztwillig zugewendet) wurden, mochten sie zur Ausstattung direkt bestimmt seyn oder nicht, an dem Privileg Theil hatten.

Endlich war es eine (von Tertullian angemerkte) Erweiterung des Privilegs, daß, wenn ein Gewaltfreier als Soldat oder Veteran sich arrogiren

---

1) Fitting S. 21. 94. 124 ff.
2) *fr.* 13. 16. *pr. de castr. pec.* (49, 17). Fitting S. 68 ff.
3) *s. Jul. fr.* 22. *de bon. lib.* (38, 2).
4) Rescript in *fr.* 22. *cit.* und in *fr.* 8. *pr. de jure patr.* (37, 14). Fitting S. 128.
5) Vergl. übrigens über den literärgeschichtlichen Karakter dieses Juristen oben (Excurse) S. 317. 339.
6) Fitting S. 130.
7) Ueber eine Einschränkung dieses Gedankens, im Falle der Vater selbst im Testament des Sohnes eingesetzt war, s. unten.
8) Dies hat Fitting S. 25 ff. gezeigt; wenn er dort (S. 30.) bemerkt, dass vor ihm Niemand auf diese Stufe der Entwickelung aufmerksam gemacht habe, so hat er übersehen, dass ich (Cursus *ed.* 1. § 938) ausdrücklich die oben bezeichnete Neuerung als ein Werk der Praxis hervorgehoben habe.
9) *fr.* 54. *ad Sct. Treb.* (36, 1). Fitting S. 35.
10) *fr.* 4. *pr. de castr. pec.* (49, 17). — 11) *III*, 4 *A.* § 3.
12) Ganz ähnlich auch Macer in *fr.* 11. *eod.*, wenn da mit Fitting (S. 46) zu lesen ist: *in militiam eunti donatum.*
13) *c.* 1. *de castr. pec.* (12, 37); *c.* 3. *de bonis proscr.* (9, 49); *c.* 4. *fam. herc.* (3, 36). Fitting S. 25. — 14) S. 73 ff.

ließ, das vordem *in castris acquisitum* sein *castr. peculium* (nachträglich) werden solle[1].

B. Falsch ist die weitverbreitete Ansicht, daß der *filiusfamilias miles* frei von den Bestimmungen des Notherb- und Pflichttheilsrechts rücksichtlich seines *castr. peculium* gewesen sei, vielmehr galten auch für ihn diese Bestimmungen, mit zwei Ausnahmen: 1) die *querela inofficiosi* war gegen Soldatentestamente ausgeschlossen, und 2) Emancipirte sowie Freigelassene konnten als Soldaten oder Veteranen über ihr *castr. peculium* testiren, ohne den *parens manumissor* oder Patron berücksichtigen zu müssen[2]. Außerdem ist zu beachten, daß der testirende Soldat an gar keine Erklärungsform gebunden war. Er mußte daher zwar seine *sui* entweder instituiren oder exherediren, aber es genügte dazu jede bestimmte und irgendwie erkennbare Aeußerung, und so war Stillschweigen regelmäßig als Exheredation (nicht als Präterition) zu behandeln[3].

Von einem Pflichttheilsrecht des Vaters, wie es gegenüber Emancipirten dem *parens manumissor* zustand, und von der damit zusammenhängenden *bonorum possessio contra tabulas* konnte hier nicht die Rede seyn, da ja der Sohn eben noch in der väterlichen Gewalt ist[4]. Dagegen stand gegen das Testament eines Emancipirten, welches dieser als *veteranus* unter Präterition seines *parens manumissor* errichtet hat, diesem die *querela inofficiosi* zu[5]. Eine andere Frage ist die Ausschließung der *querela inofficiosi* betreffs des *castrense peculium;* diese sehr bestrittene Frage ist von Fitting[6] dahin beantwortet, daß das Testament eines Haussohnes über sein *castr. peculium* immer völlig ebenso beurtheilt wurde, wie ein Testament, welches unter sonst gleichen Verhältnissen ein *paterfamilias* errichtet hatte. Das Testament war also nicht anfechtbar, wenn der Testator noch als Soldat oder doch innerhalb eines Jahres nach Entlassung gestorben[7]; Testamente der Veteranen (die noch als Haussöhne starben) hat erst Justinian unanfechtbar gemacht[8].

Nach der herrschenden Ansicht wurde der Vater bloß dann nach rückwärts als Eigenthümer des castrensischen Guts betrachtet, wenn dieses ihm ohne Testament *jure peculii* zufiel. Fitting aber hat gezeigt, daß, auch wenn der Vater *ex testamento filiifamilias militis* die Erbschaft erwarb, neben dem Titel *pro herede* der bisherige formelle Eigenthumstitel fortbestand: eine Anomalie, welche aus der fundamentalen Anomalie des testirenden Haussohns erwuchs, und welche dem Vater insofern günstig war, als seine bisher etwa über castrensische Sachen getroffenen Verfügungen aufrecht blieben[9].

C. Ulpian nennt in fünf Stellen ein *quasi castrense peculium*[10]. Man hat vermuthet, daß dies Interpolationen seien, weil erst mit Constantin eine neue Erweiterung des Peculiumbegriffs beginnt, oder auch, daß der Erwerb seiten nichtmilitärischer Staatsbeamten gemeint sei. Allein Ulpian spricht mehrmals von einem *quasi castr. peculium militis*[11], und die Insti-

---

1) *fr.* 4. § 2. *de castr. pec.* (49, 17). Fitting S. 88.
2) *fr.* 29. § 3; *fr.* 30. *de test. mil.* (29, 1). Fitting S. 214.
3) *fr.* 12. *pr. de bon. lib.* (38, 2); *c.* 9. *de test. mil.* (6, 21). — 4) Fitting S. 227.
5) *fr.* 1. § 6. *si a parente* (37, 12); *fr.* 8. § 3. *de inoff.* (5, 2). Fitting S. 230.
6) S. 226—243.
7) *fr.* 8. § 4; *fr.* 27. § 2. *eod.*; *c.* 9. *de inoff.* (3, 28).
8) Fitting S. 241. — 9) Fitting S. 282. 338. — 10) Fitting S. 393.
11) *fr.* 1. § 6. *ad Sct. Treb.* (36, 1); *fr.* 7. § 6. *de donat.* (39, 5).

tutionen nennen neben den *principales constitutiones* als einflußreich für das *quasi castr. peculium* auch *anteriores leges*, d. h. doch wohl: frühere (nicht im Codex enthaltene) Rechtssätze. Marezoll[1] denkt an den obengenannten Hadrianischen Fall der Erbschaft der Frau, Fitting[2] dagegen[3] an den dem Haussohn bei seinem Eintritt in die *militia* zukommenden Erwerb. Verschieden davon ist das *quasi castrense peculium* der christlichen Kaiserzeit, dessen Entstehung mit der Ausdehnung des Begriffs *militia* auf die Staatsbeamten zusammenhing[4].

---

1) Zeitschr. f. Civilr. und Proc. VIII. S. 80. 117. — 2) S. 413 ff.

3) wohl richtiger, denn der Hadrianische Fall war ein singulärer. Auch musste die andere Erscheinung dem Ulpian und seiner Zeit viel lebendiger und bedeutsamer vor Augen stehen.

4) Fitting S. 416 ff.

# Dritter Theil.

Entwickelung und Verfall

**des römischen Rechts- und Staatswesens**

**nach der Zeit der classischen Jurisprudenz.**

---

# Die postdiocletianische Zeit.

## CVI—CXIV. Kapitel.

(Zu § 942—1000.)

### I.

### Uebersicht der Zeit von Diocletian bis Justinian.

A. Die drei Kaisernamen: Aurelian, Diocletian und Constantin führen uns in eine neue Epoche über[1], in welcher wir es nicht mehr mit dem lebendigen Wachsthum des Römerrechts und mit classischer Jurisprudenz im wahren Sinne, sondern mit orientalischen Trieben und mit Gestalten der experimentirenden Reflexion zu thun haben. Eine gewaltige Kluft liegt zwischen Severus Alexander, dem Kaiser des Ulpian, Paulus und Modestin, und Diocletian, welcher den Anfang mit der Theilung des Reichs macht. Von Constantinus Magnus an ruht das Auge der rechtsgeschichtlichen Betrachtung nicht mehr vorwiegend auf dem alten Rom, der *Urbs aeterna,* sondern auf Constantinopel, dem zweiten Rom[2]. Von diesem Standpunkt aus betrachtet, erscheint die nachclassische Rechtsgeschichte als eine Reception des römischen Rechts in der Osthälfte des *Orbis Romanus.*

In diesem Receptions- und Umbildungsproceß erkennen wir zuerst, wie der hellenistische Orientalismus entnervend auf den Rechtsorganismus wirkt und ihm seine straffe Oekonomie raubt, sodann wie das allerwärts eindringende und bald auch den Thron berührende Barbarenthum an den Resten nationalen Wesens im Rechte nagt, endlich wie unter der immer dichter werdenden Decke des militärischen und bureaukratischen Schematismus die Grundquellen des naiven schöpferischen Volksthums versiegen. Zwar kündigen sich hier und da — keltische, germanische? — Triebe neuer Rechtsbildungen an, allein sie gestalten sich nicht zum System gegenüber der Obmacht römischer Tradition, und selbst die jugendliche Kraft des Christenthums gewinnt nur die einzelnen Seelen, ohne eine wirkliche Verjüngung des Reichs und eine innere Christianisirung des antiken Rechts herbeizuführen. Der Verfall ist eine allgemeine und unabänderliche Thatsache, es kann sich nur noch um Hemmungen derselben handeln. Die interessanteste dieser Hemmungen ist die Regierung und Codification Justinian's.

Mit der Erhebung von Constantinopel durch Constantin d. Gr. (324—337) ist für die Zukunft entschieden, daß der *Orbis Romanus* sich in zwei Hemisphären, den Orient und Occident, theilen solle; aus der Theilung wird

---

1) Vergl. J. Burchardt d. Zeit Constantin's d. Gr. (1853). Heinr. Richter d. weström. Reich, besonders unter den Kaisern Gratian, Valentinian II. u. Maximus (1865). Th. Bernhardt Politische Geschichte des römischen Reichs von Valerian bis zu Diocletian's Tode, 1. Abthlg. (1867). Preuss Kaiser Diocletian und seine Zeit (1869).

2) Justinian (in *Const. Deo auctore*) sagt: *Romam intelligimus non solum veterem sed etiam regiam nostram, quae Deo propitio cum melioribus condita est auguriis.*

ein Zerfallen, als nach Theodosius' I. Tode Honorius den abendländischen, Arcadius den morgenländischen Thron besteigt (i. J. 395). Immer sichtlicher trennt sich von da an das ethnische und politische Schicksal beider Reichshälften.

Rascher bricht die Westhälfte zusammen unter dem hier besonders nachhaltigen Andrängen germanischer Völkerschaften; aber da hier keine der römischen ebenbürtige Cultur in den Kampf tritt, so erhalten sich römisches Wesen und römisches Recht verhältnißmäßig unverfälscht. Die Fortentwickelung scheint augenblicklich unterbrochen, allein mit Ehrfurcht werden die juristischen Traditionen mitten im Trümmerwerk der untergehenden Römerwelt zu bewahren gesucht; die gothischen und burgundischen Heerführer sorgen selbst für Zusammenstellung römischer Rechtsbücher (*leges Romanae barbarorum*), welche noch großentheils die Zeit der classischen Jurisprudenz wiederspiegeln.

Während aber diese Westhälfte, von germanischen Völkern überflutet, mehr und mehr auseinanderfällt, in Spanien und Gallien das große Westgothische Reich (419), in Afrika das Vandalenreich (439) gestiftet, Britannien den Picten und Scoten überlassen wird (426), und dann in Gallien wieder das Frankenreich sich zu erheben beginnt (Chlodwig I. 481—511): erwehrt sich die byzantinische Reichsseite mit ziemlichem Glück der Barbaren und erinnert sich immer von Neuem seiner Mutterstadt Rom. Aber indem Kaiser, wie Theodosius II. (408—450) und Justinian I. (527—565), an der classischen Jurisprudenz, den römischen Traditionen und den früheren Kaiserconstitutionen anknüpfen und mit verdienstlichem Eifer die Rechtsbildung neu zu beleben suchen, lenken sie zugleich, unter dem Einflusse byzantinischer Culturmächte, in eine Bahn der Rechtsumbildung ein, welche endlich die römische Mutter schier verleugnet, in anderer Sprache redet und nichts mehr von classischem Styl verräth.

Justinian, wie er in seiner Codification den historischen Faden wieder aufnahm, so wollte er auch das alte Band des *Orbis Romanus* wieder knüpfen[1]. Er stürzt das Vandalenreich in Africa und das Ostgothenreich in Italien, und Ravenna wird die Hauptstadt des byzantinischen Exarchats, aber dieses Exarchat dauert nur in verkümmerter Weise; mehrere Jahrhunderte ist von römischen Kaisern nur in Constantinopel die Rede, und diese Kaiser sind barbarischer Abkunft.

Die Bewohnerschaft der großen Reichshälften, aus durch einander gemengten überbildeten und halbgesitteten Völkern bestehend, vermag weder in Kunst und Wissenschaft, noch im Rechts- und Staatswesen neue Ideen zu Tage zu fördern; jene entarten zu barbarischen Formen, diese erstarren im Formenwesen, insoweit nicht die Kraft des Christenthums befruchtend und verklärend einwirkt. Unter dessen Einwirkungen sehen wir einen neuen Stand, den der Geistlichen (*clerici*), entstehen; auch für die Entwickelung des Rechts ist diese Standesbildung nicht unwichtig. Außerdem befestigen sich die Schranken immer mehr, welche bereits seit Augustus zwischen den *milites* und den *privati s. pagani* aufgerichtet worden; manche Aehnlichkeitspunkte zwischen den Streitern der Kirche und den Kriegern des Weltreichs lagen für die Anschauung jener Zeit zu nahe, als daß nicht parallele Rechtssätze für beide Stände hätten erzeugt werden müssen. Die wirklichen Ansätze zu neuen Rechtsideen, welche überhaupt in dieser armen Zeit wahrnehmbar sind, rühren großentheils aus Impulsen jener zwei Stände.

1) *cf. Const. Tanta* § 23.

Neben diesen sind noch zwei Standesbildungen eigner Art zu erwähnen: Die Hofbeamten und die Colonen. Je mehr das Staatswesen sich zum absolutistischen Monarchismus umgestaltete und die Maschinerie in den Bureaux des Kaisers centralisirt wurde, gewöhnten sich alle Aemter und Würden, nach der Rangordnung des Hofwesens gemessen zu werden. So trat an die Stelle lebendiger Gesellschaftsgliederung ein starrer Schematismus von Staatswürdengraden. Die willkürlich erschaffene und oft launenhaft umgewandelte Formenwelt des Staatslebens war hohl, und sie erregte weder Liebe, noch fand sie Treue. Eine erfreulichere Erscheinung ist das Colonat. Wir sehen in ihm einen ersten socialen Schritt zur Aufhebung der Sklaverei: der *colonus* oder *glebae adscriptus* war, so kann man sagen, ein an die Scholle gebundener, aber gerade dadurch seinem Herrn gegenüber frei gewordener Landmann. Wie der Soldatenstand ein Fingerzeig ist auf das Ritterthum —, so das Colonat auf die Leibeigenschaft und Hörigkeit des Mittelalters.

Der Zauber, welcher Rom's Namen umgab, begann zu weichen vor dem Glück der Barbaren; beide Reichshälften verharrten lediglich in der Defensive, an Eroberung und Ausdehnung dachten auch die östlichen Kaiser nicht mehr, abgesehen von Justinian's rückwärtsgreifenden und vielfach erfolglosen Bestrebungen. Nicht von Peregrinen, sondern von Barbaren ist fortan im Gegensatz der Reichsbürger die Rede; *alienigeni barbari* heißen die Ausländer[1], und was nicht zum *Romanum solum* gehört, wird schlechthin *barbarum solum*[2] oder *Barbaricum*[3] genannt; alle *incolae imperii,* aus dem Gemisch der italischen, hellenistischen und untergeordneten Nationalitäten hervorgegangen, ließen sich unter der Generalbezeichnung: *Romanae gentis homines* zusammenfassen[4].

Die Angst des Reichs vor den Barbaren wuchs mit deren Glück; schon Aurelian, der *„Restitutor Orbis",* hatte Dacien jenseits der Donau wieder aufgegeben und für Rom die Schutzwehr einer neuen großen Mauer nothwendig gehalten (270—275); der illyrische Ostkaiser Marcian (450—457) erklärte den Waffenvertrieb nach den barbarischen Nationen für ein Capitalverbrechen, weil dadurch dieselben stärker gemacht würden und Gefahr für das Reich erwachse[5].

Diesem allgemeinen Belagerungszustand der Grenzen entsprach das Bild im Innern nur allzusehr. „Eine der abschreckendsten Erscheinungen ist die Gebundenheit, in welche der Despotismus in der späteren Kaiserzeit alle dem Staat verpflichteten Stände und Genossenschaften versetzte, und das merkwürdige Kastenwesen, welches daraus hervorging". Die Veteranenkinder waren militärpflichtig, die zahlreiche Classe der militärisch organisirten Unterbeamten der kaiserlichen Civilstatthalter (*officiales*), sowie der städtischen Unterbeamten (*officia municipalia*) war zu erblichem Dienst verpflichtet. „Die Curien waren gleichfalls zu einer traurigen erblichen Aristokratie, oder richtiger, Leibeigenschaft des Staates in den Städten geworden. Weil aber die Curialen mehr dem Staate, als den Städten selbst nützten, so bedurften die letzteren zur Besorgung ihrer Bedürfnisse noch anderer erblicher Corporationen". In dem *Codex Theodosianus* (438) werden deren Mitglieder

1) *c.* 2. *quae res exportari* (4, 41). — 2) *c.* 2. *de eunuch.* (4, 42).
3) *c.* 1. *quae res export.* (4, 41).
4) *c.* 2. *de eun.* (4, 42). Voigt d. *jus naturale* und *gentium* d. Römer II. S. 898 ff.
5) *c.* 2. *quae res exp.* (4, 41).

theils allgemein als *corporati* und *collegiati*, theils mit eigenthümlichen Namen bezeichnet. Diese Gewerken waren verschieden von eigentlichen Handwerkerzünften, „nicht der gemeinsame Betrieb zu eignem Vortheil vereinigte sie, sondern der Dienst für die Stadt; nicht die Ehre der Genossenschaft hielt sie zusammen, sondern erbliche Verpflichtung“. Und auf ähnliche Weise, wie die städtischen Plebejer in Corporationen und Collegien, waren auch die Arbeiter in den kaiserlichen Anstalten, Fabriken und Bergwerken, sowie die auf dem Lande angesessenen Colonen durch erblichen Dienstzwang gebunden. „Derselbe gewährte wenigstens Schutz und sichere Versorgung und wurde deshalb immerhin einer elenden Freiheit vorgezogen“ [1].

Alles das waren Formen der Erstarrung. Römische That- und Schöpferkraft bestand nur noch in der Erinnerung; das römische Recht mußte jetzt erlernt werden, um in Uebung zu bleiben. Der Hellenismus hatte den römischen Geist überwunden, um nun selbst im Byzantinismus unterzugehen. — Auf den Untergang der *Domus Heraclii* und den Verlust des Exarchats folgt eine neue Zeit, welche nichts mehr mit dem antiken Rom zu thun hat [2].

B. Wir können im Großen und Ganzen drei Epochen der römischen Rechtsgeschichte unterscheiden: die 1. Epoche (640—250 v. Chr.) zeigt uns das aufstrebende, die 2. Epoche (250 v. Chr.—250 n. Chr.) das herrschende, die 3. Epoche das verfallende Reich der Römer. Constantinopel ist der Sitz des absterbenden Alterthums. Noch erhält sich in dieser letzten Periode die lebendige Uebung der lateinischen Sprache und der Grundstock römischer Traditionen; noch erscheint das römische Reich als das Weltreich, und seit der germanischen Ueberflutung Italiens gilt Constantinopel unbestritten als das Haupt der Culturwelt. *Haec urbs sacratissima,* sagt Kaiser Marcian [3]. Es umgibt den römischen Namen noch ein Rest des ehemaligen Zaubers, der alle politischen Gegenmächte überwand und keine Nebenbuhlerin litt. — Auch dieser Rest aber schwindet endlich unter den stürmischen Angriffen des Islam, welcher bald den römischen Namen in Schatten und selbst den Bestand des byzantinischen Reichs einen Augenblick (670) in Frage stellt. Zwar rettet sich der Mittelpunkt des Reichs aus diesen Gefahren; aber fortan — mit den Isauriern — beginnt gewissermaaßen eine neue Geschichte: die nachrömische, schlechthin byzantinische. Wir haben es da nicht mehr mit lebendigen römischen Elementen zu thun; deren letzte Reste sind im 7. Jahrh. zerfallen [4].

Die Auflösung des Römerthums in dem allgemeinen Völkergemenge und der Herrschaftsbeginn des Christenthums sind uns die wichtigsten Momente in dieser merkwürdigen Geschichtsbewegung.

1. Die Auflösung des Römerthums zeigte sich allenthalben. Sie trat als große und allgemeine Erscheinung zuerst in der Zeit von den Gordianen (237) bis zu den s. g. dreißig Tyrannen (260) zu Tage, als unter Decius der gewaltige Andrang germanischer Völker begann [5], und in Asien Odenatus eine so zweifelhafte Stellung zum Kaiserthum einnahm. Zwar griff hier Aurelian (272) mit fester und kühner Hand ein, noch ein Mal schien der Geist des Römerthums, des Sulla und Caesar, zu erwachen. „Von Palmyra aus, der

1) Hegel Geschichte der Städteverfassung von Italien I. S. 79—84. v. Bethmann-Hollweg der röm. Civilprocess III. (1866) S. 21.

2) J. H. Krause die Byzantiner d. Mittelalters in ihrem Staats-, Hof- und Privatleben, insbes. v. Ende d. 10. bis gegen Ende d. 14. Jahrh. n. d. byzantin. Quellen dargestellt (1869).

3) in *c. 2. quae res exportari* (4, 41). — 4) s. Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 125.

5) Niebuhr Vorträge über Röm. Gesch. *ed.* Isler III. S. 276.

mächtigen Handelsstadt, hatte Odenatus in der letzten Hälfte des 3. Jahrh. n. Chr. den Persern Frieden geboten, sowie dem römischen Kaiser gegenüber seine selbständige Stellung gewahrt. Besonderes Interesse verdient des Odenatus kluge und gewandte Gemahlin Zenobia, der es gelang, die Nationalitätsbewegung im Orient — wie schon Aurelian in seinem Briefe an das römische Volk („*barbaricis motibus aestuantem*") die gewaltige Erhebung der Orientalen gegen den Druck der Römerherrschaft und die Beherrschung des eigenthümlichen orientalischen Wesens durch hellenischen Geist und hellenische Einrichtungen, besonders seit der Gefangennehmung des Kaisers Valerian durch Sapores I. bezeichnet — mit starker Hand zu leiten, so daß es ihr beinahe gelungen wäre, ein Reich von specifisch orientalischem Karakter zu gründen, dem ein eigenthümliches, die im Orient damals herrschenden Gegensätze, den Neuplatonismus, das Judenthum und das Christenthum, ausgleichendes Religionssystem die höhere Einheit verleihen sollte, so daß also schon zu dieser Zeit in gewisser Weise ins Werk gesetzt worden wäre, was ungefähr 4 Jahrhunderte später mit der Begründung des Muhamedanismus gelang, wenn nicht das damals im Orient so blühende Christenthum und die starke Hand des Römerkaisers jene der Civilisation wie dem Christenthum gleich feindlichen Bestrebungen überwunden hätten" [1].

Weniger römisch, als dieser siegreiche Feldzug, war, daß Aurelian das ängstliche Rom mit einer neuen Schutzmauer versah, und weniger römisch, als seine persönliche und seiner Umgebung Einfachheit, war es, daß er dennoch seinen Thron mit einem besonderen äußeren Glanz umgab. Er führte im Heer bordirte Gewänder ein und soll zuerst ein Diadem getragen, sich mit Edelsteinen und golddurchwirktem Gewande geschmückt haben [2]. „Es sind die Anfänge des orientalischen Ceremoniells, das seit dem 4. Jahrh. am römischen Hofe völlig ausgebildet vorhanden war. Das politisch restituirte Imperatorenthum sollte vom Staube gereinigt werden, welcher dasselbe noch von den Zeiten des Gallienus her bedeckte. Mit der Restauration beginnen eben die Anfänge einer Umgestaltung des bisher abwechselnd von der Gunst des Volks oder des Heers getragenen Kaiserthums zu einer von Gott verliehenen Gewalt, zu einer religiös-politischen Macht über den Erdkreis, welche schon in ihrer äußeren Erscheinung bekunden sollte, daß sie unwandelbar feststehe, unberührt von dem Wechsel menschlicher Leidenschaften — ein Gedanke, welchen freilich erst Diocletian mit Bewußtseyn und planmäßig verfolgte. Bei aller persönlichen Einfachheit waren diese Illyrier eben Herrschernaturen und wußten den Werth solcher Dinge für die Befestigung der Herrscherstellung sehr wohl zu würdigen; nebenbei mochte Aurelian das Verständniß dafür namentlich dadurch aufgegangen seyn, daß er mit dem Orient, der Geburtsstätte des Glaubens an ein absolutes Herrscherrecht, in nahe Berührung gekommen war" [3].

Dieser orientalisirende Monarchismus entsprach den Anschauungen und Bedürfnissen einer Zeit, die immer häufiger Männer barbarischer Abkunft auf dem Throne der Cäsaren sah und solche Männer, starke Naturen, wie sie in Italien nicht mehr wuchsen, brauchte. Die Monarchie nahm einen despotischen,

---

1) Oberdick i. d. Zeitschr. f. d. österr. Gymnasien, XIV. Jahrg. (1863) S. 735 ff. und Ders. die römerfeindl. Bewegungen im Orient während der letzten Hälfte des 3. Jahrh. n. Chr. (254—274).. Berl. 1870.

2) *Hist. Aug. Aurel.* 46; *Aurel. Vict. Epit.* 35, 5.

3) Th. Bernhardt Polit. Gesch. d. römischen Reichs v. Valerian bis zu Diocletian's Regierungsantritt (1867) S. 212.

autokratischen Karakter an. Der Titel Dominus[1], welcher den Kaisern zwar bald nach den Anfängen des Kaiserthums in der Sprache freier Höflichkeit gegeben, aber von Augustus und Tiberius öffentlich abgelehnt, nur von Domitian ausnahmsweise angenommen, auf griechischen Münzen seit Antoninus Pius, auf römischen aber erst seit Aurelian beigelegt ward, findet sich seit Diocletian regelmäßig[2]. Unter Justinian galt es als Mangel an Bildung, wenn man den Kaiser anders als δεσπότης anredete, und wenn Beamte dem Kaiser gegenüber sich anders als δοῦλοι nannten[3].

Seit der Mitte des 5. Jahrh. tritt die Erscheinung der Barbararisirung immer greller hervor. Marcian (450—7) und Anastasius I. (491—518) waren Illyrier, Leo I. (457—474) ein Thrakier, Zeno (474—491) ein Isaurier, Justin I. (518—527) und Justinian I. (527—565) Slaven. In Tiberius II. (578) besteigt der erste Grieche den Thron der Cäsaren. Der späte syrische Chronist Gregor Barhebraeus rechnet den Vorgänger jenes Griechen, Justin II. (565—578) als den letzten römischen Kaiser und läßt mit Tiber II. das Reich der Griechen beginnen, welches unter der *Domus Heraclii* es zu einer stetigen Thronfolge bringen zu wollen schien. Während in der Zeit der Kaiser barbarischer Abkunft noch mit den Resten des Römerthums Prunk getrieben worden, lateinische Sprache noch neben der griechischen Platz gefunden, Justinian mit seiner umfassenden Codification die Erbschaft des Römerthums feierlich angetreten hatte: wird nun das byzantinische Griechenthum zum politischen System, und das Recht dieses neuen Ostreichs redet nur in griechischer Sprache. Mit dem Untergang der *Domus Heraclii* (711) und dem Verlust des Exarchats in Italien (749) vollendet sich der Abbruch der römischen Rechts- und Reichsgeschichte.

2. Aber neben dem Barbarenthum ist im Laufe dieser Jahrhunderte das Christenthum gleichfalls eine Macht geworden. „Unter Augustus und Tiberius in die Welt getreten, unter den Claudiern nach Rom vorgedrungen, unter den Flaviern mehr und mehr vom Judenthum abgelöst, unter Trajan zum Gegenstand der Reichsgesetzgebung geworden, unter den Antoninen zu immer höherem Welt- und Einheitsbewußtseyn erstarkt, unter den Soldatenkaisern bald verfolgt, bald geduldet, unter Constantin zur Parität und zur Würde der begünstigten Hofreligion, unter Theodos. I. zur ausschließlich herrschenden Staatsreligion erhoben, aber auch zur dienenden Staatskirche herabgesunken, ist ja die christliche Religion und Kirche mit allen Epochen und Phasen des römischen Imperium so eng verflochten, daß jede Geschichte der Abnahme und des Verfalls des römischen Reichs unwillkürlich und auch in der Hand eines Gibbon zugleich zu einer Geschichte der Aufnahme und des Siegs der christlichen Kirche werden muß“[4].

Wir hatten den culturgeschichtlichen Faden Rom's, oben in dem ersten (rechtsgeschichtlichen) Theile, in der Mitte des 3. Jahrh. n. Chr. verlassen. Rom's Regiment erstreckte sich damals fast so weit, als phönizische Schiffe je gesegelt waren; sein Scepter waltete vom Atlantischen bis zum schwarzen Meer und vom Nil bis an die Nordsee. Wo man nur irgend den Wohllaut der griechischen Sprache vernahm, erscholl auch das Commando der lateinischen Sprache, der Trägerin der römischen Energie und Ordnung. Rom und Hellas hatten sich zusammen- und wiedergefunden, vereint, gepaart, und eine neue

---

1) s. Cursus § 278. — 2) *Aurel. Vict. de Caesar.* 11. 39.
3) *Procop. hist. arc.* 30. *Vol. III. p.* 165. Vergl. Becker Röm. Alterth. II. 3. S. 304. Anm.
4) Wagenmann in Liebner's Jahrbb. für deut. Theologie XIII. (1868) S. 166.

Welt blühender Kräfte schien gehofft werden zu können. Es war, als ob jenes Prophetenwort: „Er wird Frieden lehren unter den Heiden, und seine Herrschaft wird seyn von einem Meer bis ans andere und von dem Strome bis an die Enden der Erde“ (*Sacharja 9, 10*), auf Rom's Mission unter den Völkern des Erdkreises bezogen werden dürfe. Doch war das ein Wahn. Zwar eine bedeutungsvolle Fügung Gottes war es, daß Rom's Herrschergeist zur rechten Zeit die Fläche geglättet und den Rahmen gezogen hatte, in welchem der Geist des inneren Friedens irdisch gedeihen und sein Werk, das zugleich ein Werk des äußeren Friedens seyn sollte, vollenden konnte: allein der classische Geist des Heidenthums lag in den letzten Zügen, und unter der glänzenden Oberfläche nagte der Tod am Herzen des *Orbis Romanus*.

Die Scene ist verändert. Ueber den Ruinen der heidnischen Culturwelt ist die Sonne des Christenthums aufgegangen und beginnt nun, mit voller Kraft allenthalben Tageshelle zu verbreiten. Die begabten und schöpferischen Geister wenden sich dieser Sonne zu, und nur die verkommenen, verbildeten oder verbissenen Seelen wollen nicht sehen, daß die classische Antike eine untergehende Welt, die Sache des Heidenthums eine verlorne Sache sei. Das Christenthum, still herangewachsen, durch die Stürme nicht gebrochen, sondern gestärkt, tritt als eine weltliche Autorität herein unter die Mächte der Welt und versucht sich im geistigen Kampfe mit ihnen. Zeichen dieses Kampfes trägt auch das Recht dieser Zeit. Dasselbe wird nicht bloß entnationalisirt und orientalisirt, sondern es fängt an, christianisirt zu werden. Dieser Proceß ist freilich ein unabgeschlossener geblieben: das Mittelalter erhielt dann die Aufgabe der Fortführung; aber interessant ist das Bild jenes Ringens, und seine Beobachtung wichtig zum Verständniß des Endes. — Wo aber sind die Spuren dieses ersten Auf- und Eintretens?

Nero's Christenverfolgung mochte durch's ganze Reich den Blick auf die junge Christenheit gelenkt haben. In den Kämpfen der Philosophenschulen gewann das Christenthum Fühlung mit den Theorien des gebildeten Heidenthums; die Abwege der Gnostiker waren für das Christenthum Brücken in alle Kreise der s. g. gebildeten Gesellschaft. Von dem (aus Samarien gebürtigen) Apologeten Justinus dem Märtyrer besitzen wir zwei unter Antoninus Pius an Kaiser und Senat gerichtete Apologien des Christenthums [1]. Aus den Lebensregeln eines Antoninus Philosophus und den Responsen eines Papinian weht es uns zuweilen etwas wie Luft des Christenthums an. Tertullian der namhafte Jurist wurde Tertullian der berühmte Kirchenvater. Von ihm, sowie von Irenaeus, Hippolytus u. A. erfahren wir, daß jedenfalls am Ende des 2. Jahrh., wenn nicht früher, Christen sich im kaiserlichen Palatium fanden, und daß die Flut von Anschuldigungen unnatürlicher Verbrechen und unsinniger Thorheiten, welche lange den Christen angedichtet wurden, schon in der zweiten Hälfte des 3. Jahrh. sich ganz verlaufen hat. Severus Alexander war wegen seines Synkretismus und speciell wegen seiner Begünstigung orientalischer Culte, d. h. des Judenthums und Christenthums, der Schmähgegenstand der spottlustigen Antiochener, Alexandriner und wohl auch der Römer; es wurden an des edlen und frommen Kaisers Hausaltar bei den Bildern von Appollonius, Christus, Abraham und Orpheus Morgenopfer dargebracht, denn er hatte eine Abbildung Christi neben den Bildern „anderer tugendhafter Männer“.

1) Volkmar i. d. theolog. Jahrbb. (1855) S. 227. 412. Otto ebendaselbst S. 468.

Philippus Arabs „ist merkwürdig, indem unter seiner Regierung das tausendjährige Fest der Stadt mit großem Pomp gefeiert wurde, merkwürdiger aber dadurch, daß die Kirchengeschichte allgemein annimmt, er sei ein Christ gewesen. Origenes richtete Briefe an ihn; sein Nachfolger Decius stellte zum ersten Mal wieder seit langer Zeit eine heftige Verfolgung der Christen an, wahrscheinlich aus Antagonismus gegen die Richtung seines Vorgängers“ [1]. Als Zenobia gegen Aurelian das erste Treffen verloren und Antiochien, die größte Stadt des Orients, verlassen hatte, und Aurelian die städtischen Angelegenheiten umgestaltete: interpellirten ihn auch die Christen, und der Kaiser entschied, die Prätensionen des abgesetzten ketzerischen Paulus von Samosata zurückweisend, ganz nach ihren Wünschen, derjenige solle Bischof seyn, welcher von den italischen Bischöfen und dem römischen Bischof erkoren worden. „Wenn wir uns die Bedeutung der Herrschaft der Zenobia vorhalten, die in ihrem Kerne nichts Anderes war, als die Erhebung der Orientalen gegen die griechisch-römische Herrschaft, so wird uns diese Entscheidung des Kaisers, der ein eifriger Verehrer des Sol, ein ebenso erbitterter Gegner des Christenthums war, nicht weiter befremden, da gerade jener Paulus auf jene Ideen am eifrigsten eingegangen war. Sicherlich hatten auch die Christen in einer Denkschrift die Verhältnisse der Kirche im Orient und ihre Beziehungen zum römischen Stuhl auseinandergesetzt, so daß es dem Kaiser nicht entgehen konnte, welch' hohe politische Bedeutung die Stellung der römischen Kirche für die Weltherrschaft der Römer hatte. Zudem mußte er sich die Christen, die im Orient von solch' hervorragender Bedeutung waren, zu Freunden erhalten“ [2].

Auf die Namen eines Philippus Arabs und Aurelian folgten dann die eines Constantinus Magnus (324—337) und Theodosius I. Magnus (379—395), durch welche der *Orbis Romanus* zum Reich der Christenheit wurde. Von Constantinopel aus geschah dieser Schritt der kaiserlichen Politik, einer Politik, deren Faden zuerst unter Aurelian hervorzutreten scheint. Im Orient blühte damals das Christenthum in vielen tüchtigen Gemeinden und bedeutenden Männern; und gerade dort bedurfte das römische Scepter einer idealen Stütze. Das Christenthum vermochte diese zu geben und gab sie. So war es ein Akt geschichtlicher Folgerichtigkeit, daß Constantin, als er seinen Sitz in die Nähe der asiatischen Küste verlegte, jene christianisirende Schwenkung that, welche zu den folgenreichsten Schritten in der Welt- und Kirchengeschichte gehört [3].

## II.

### Juristische Quellen und Denkmäler.

Zu § 952—956] A. Allgemeines. Das westliche Reich behielt seinen römischen Karakter ungefälscht, aber that nicht viel und brach bald zusammen. Das östliche Reich war fleißiger und erhielt sich länger, aber offenbarte in der längeren Zeit auch elenderes Siechthum und wandelte sich in ein wahres Zerrbild römischen Wesens. Seitdem die neben einandergestellten Hälften im 5. Jahrh. völlig auseinandergerissen sind, verlassen uns fast

---

1) Niebuhr Vorträge üb. röm. Gesch. ed. Isler; III. (1848) S. 270.
2) Oberdick i. d. Zeitschr. f. österreich. Gymnas. XIV. (1863) S. 735 ff.
3) s. Cursus § 947.

alle Spuren fortschreitender allgemeiner Rechtsbildung in der von den germanischen Stämmen besetzten Westhälfte. Die Rechtsbildung zersplittert sich hier in Provinzialgewohnheiten, in denen ein Theil des ächten römischen Rechts sich eine Weile mühsam forterhält, von germanischen Königen hier und da gesammelt[1] und geschützt: in diese Einzelbildungen ohne selbständigen Werth und mit ihnen verliert sich der Strom des römischen Rechts; er kann auch durch die Bemühungen des oströmischen Kaisers, welche im Exarchat hervortraten, nicht wieder belebt werden. Näher verwandt, als der germanische Geist, war der griechische dem römischen, daher fand das Recht der Römer in der Osthälfte des Reichs eine zweite Stätte und gleichsam neue Heimat, aber freilich, es war eine Pflege ohne Kraft des Schaffens; etwas Fertiges und Ganzes brachte der oströmische Geist nicht mehr hervor, sein Thun blieb Stückwerk. Das einzige Ganze, was von ihm ausgegangen, ist nur ein Erzeugniß von Sammlerfleiß.

Der Schwerpunkt des Reichs ist nach dem Osten verlegt, also, vom Standpunkt des alten Römerthums aus betrachtet, an die Peripherie des Reichs, und diesem Umstande entspricht die innere Thatsache, daß zahlreiche Elemente der peripherischen, d. h. provinziellen Rechtsbildung wuchernd in das Rechtssystem eindringen. Die *glebae adscripti, coloni, laeti,* die *pia corpora*, manche Satzungen des Militär-, Veteranen- und Beamtenrechts sind durchaus neue, fremdartige Erscheinungen, langsam nach dem Mittelpunkte vordringende Elemente. Die Strömung des römischen Geistes geräth ins Stocken, byzantinischer Schematismus überzieht das ehedem so lebensvolle Strombett mit starrer Rinde, durch welche nur selten noch einzelne Pulsschläge vorhandener Regungen offenbar werden. Eine unrömische schwülstige Sprache spreizt sich, und die Maschinerie militärisch-bureaukratischer Institutionen soll den Mangel organischer Production und Continuität ersetzen. Allerdings tritt uns in der Ausbildung und Erweiterung des soldatischen Elements (*militia*) eine imposante Erscheinung entgegen, an welcher eine gewisse schöpferische Kraft der Zeit wahrnehmbar ist; mit einer gewissen Bewunderung sieht man hier, wie der römische Geist seine letzten Kraftanstrengungen macht und die Kreislinie seines Daseyns, welches mit militärischen Institutionen anhob[2], zu einem normalen Abschluß bringt; aber dieser Abschluß ist doch im Grunde nur ein Mechanismus und der Ausdruck des nahenden Todes. Das lebendige Volksthum im *Orbis Romanus* ist zu Ende. Das Alte wird nicht mehr recht verstanden, das Neue noch nicht recht bewältigt und verarbeitet; die heidnische Herrlichkeit wird verloren, und die christliche Innigkeit nicht gewonnen; selbst die frische Kraft des Christenthums ist im Organ des Byzantinismus nicht vermögend, das römische Recht wahrhaft umzuschaffen, zu verjüngen und der Welt hier schon ein christliches Weltrecht zu schenken. Germanische Lebensfülle mußte erst hinzukommen, um diese Christianisirung zur Wahrheit zu machen.

Mit dem Verlust der Einheit der Reichsidee war auch der einheitliche Gang der Rechtsgeschichte unterbrochen; die Kraft, welche vom Mittelpunkte der Rechtsidee her und aus dem Ganzen des Systems umgestaltet und fortbildet, war erschöpft: es ward nur noch experimentirt. Mit der Losreißung von Rom, der *patria omnium*[3], war der classische Boden der Rechtserzeugung

---

1) s. Cursus § 957. — 2) s. oben (Excurse) S. 58. 62. 82.
3) *Callistr. fr.* 19. *de interd.* (48, 22); *Modest. fr.* 6. § 11. *de excus.* (27, 1).

aufgegeben, die Interessen triumphirten über die Principien, Maaßregeln traten an die Stelle von Grundsätzen. So könnte denn die nachclassische Rechtsgeschichte fast ohne Bedeutung für das juristische Elementarstudium oder nur als eine Folie zu der vollendeten Rundung des classischen Rechts von ehemals wichtig scheinen. Indeß bietet diese Geschichte doch eine selbständig belehrende Seite, da wir nicht ein bloßes Bild der Störung und Zersetzung, sondern zugleich die eröffnete Bahn eines neuen Culturprincips erkennen. Diese positive Seite besteht in der durch das Christenthum geförderten Kosmopolitisirung des Rechts, welche als die Vorstufe und Einleitung der großen weltgeschichtlichen Receptionsthat der neueuropäischen Völker zu würdigen ist. In die folgenden Zeitalter hinüberblickend sehen wir das canonische Recht, die italienische Praxis des Mittelalters, das Recht des städtischen Güterverkehrs in Deutschland und Frankreich, endlich das Handelsrecht der modernen Welt als übereinander sich erhebende Stufen jenes Geschichtsprocesses, welchen wir im vorzüglichen Sinne als die Reception des römischen Rechts zu benennen gewohnt sind.

B. Rechtsunterricht[1]. Vielleicht schon in den Anfängen der Kaiserzeit hatten sich zu Rom öffentliche Stätten zum Dociren (*Stationes*) gebildet, wie früher von Schrader[2] angedeutet und neuerdings von Bremer[3] weiter ausgeführt worden ist. Wenn wir annehmen dürfen, daß von den beiden Juristenschulen jener Zeit jede ihr Auditorium in einer besonderen Station gehabt hat[4]: so legt sich die Vermuthung nahe, daß diese Sitte durch Sabinus und Proculus begründet ward, und darum die zwei Schulen gerade von ihnen den Namen erhielten, obgleich Proculus dem Labeo an Bedeutung und Ansehn doch beträchtlich nachstand; Labeo, der Erste überhaupt, welcher den theoretischen Rechtsunterricht zur eigentlichen Lebensaufgabe machte, scheint dies nur in seiner Privatwohnung gethan zu haben; einer Station hätte er schon darum nicht vorstehen können, weil er immer die Hälfte des Jahres abwesend von der Hauptstadt war.

Berühmt wurde nachmals zuerst die Rechtsschule zu Berytus, nicht eine Juristenschule im alten Sinne, sondern eine reine Lehranstalt. Bernhardy[5] führt als das früheste Zeugniß über jene Phönizische Rechtsschule eine Verfügung Diocletian's[6] an: *Cum vos affirmetis, liberalibus studiis operam dare, maxime circa juris professionem, consistendo in civitate Berytiorum provinciae Phoeniciae: providendo utilitati publicae et spei vestrae decernimus, ut singuli usque ad XXV. annum aetatis suae studiis non avocentur.* Auf ein weit älteres Zeugniß aber macht Marquardt[7] aufmerksam, enthalten in einer um 239 n. Chr. geschriebenen Rede des Gregorius Thaumaturgus[8]; dort erzählt Gregor, daß er in Cappadocien lateinisch zu lernen und römisches Recht zu studieren angefangen und sich dann nach Berytus gewendet habe; da dies von Gregor's Jugend zu verstehen ist, so erhellt, daß die Rechtsschule zu Berytus schon um 200 bestand. Es ist erklärlich, daß zuerst im Orient das Bedürfniß einer Anstalt kunstmäßigen Rechtsunterrichts entstand, und die Kaiser zur Stärkung der römischen Herrschaft

1) s. Cursus § 954. — 2) Heidelb. Jahrbb. 1823. S. 979.
3) Die Rechtslehrer und Rechtsschulen (1868) S. 14. 20.
4) Gegen diese Annahme spricht sich Pernice (Labeo I. S. 34) mit nur allgemeinen und gar nicht durchschlagenden Argumenten aus.
5) Grundriss der Griech. Literatur I. S. 452. — 6) c. 1. *qui aetate se excusant* (10, 49).
7) Röm. Alterth. III. 1. (1851) S. 307. Anm. 2097.
8) *Or. paneg. ad Orig.* in der Vossius'schen Ausg. d. Werke (1603) p. 186.

dort, vor Allem an der den Mittelpunkt des orientalen Seeverkehrs bildenden Küste, den Plan einer solchen Anstalt förderten. Doch wurde erst unter den christlichen Kaisern[1] die Durchwanderung eines förmlichen academischen Lehrcursus gesetzliche Vorbedingung für die Erlangung von Staatsämtern[2].

Mit der mehr theoretischen, doctrinären Wendung, welche auf den neuen Rechtsschulen zu Berytus u. s. w. der Rechtsunterricht nahm, hängt die wachsende Bedeutung des Juristen Gaius eng zusammen. Er war vielleicht unter den bekannteren Juristen der classischen Zeit der einzige, dessen Art und Weise dieser späteren Art des Lehrens recht conform war: so fühlte man sich ihm verwandt, und indem man sich zu ihm hingezogen fühlte, zog man ihn in den Vordergrund. Mag nun Gaius zu Troas, wie Mommsen[3] — oder zu Berytus, wie Bremer[4] vermuthet, gelehrt haben: es ist im Allgemeinen leicht erklärlich, daß der Name des asiatischen Lehrers zu immer hellerem Glanze kam, jemehr die ganze Cultur des Rechts sich orientalisirte. „Justinian's Verordnung *Omnem reipublicae* ergibt, daß bis dahin wenigstens auf der Rechtsschule zu Constantinopel des Gaius Institutionen und sein Commentar zum Provinzialedikt nebst Papinian's und Paulus' Responsen die stehenden Lehrbücher waren. Wenn Gaius Lehrer des Rechts in Troas war, und seine zunächst für den dortigen Localunterricht bestimmten Schriften in diesem Kreise sich behaupteten, wie dies glaublich genug ist, so lag es sehr nahe, als auf der Reichsuniversität zu Constantinopel 425 zwei Lehrstühle für das Civilrecht eingerichtet wurden, auch hier an den in der Gegend beliebten Lehrbüchern festzuhalten. Darum wurden die Schriften des Gaius jetzt in das Reichsrecht aufgenommen, was sodann im folgenden Jahre in der großen civilrechtlichen Novelle, wovon das s. g. Citirgesetz[5] einen Theil bildet, auch für das occidentalische Reich dahin ausgesprochen ward: *ut Gaium, quae Paulum, Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas, lectionesque ex omni ejus opere recitentur.* Von nun an ward Gaius also auch im Occident gebraucht, wie die Existenz der — wegen der fehlenden griechischen Stellen — wahrscheinlich in Italien geschriebenen Veroneser Institutionen-Handschrift und die burgundische und westgothische Codification beweisen; aber es hat doch seinen guten Grund, daß die constantinopolitanische Commission in den unter Justinian's Namen erlassenen Verordnungen[6] ihn mehrfach mit Nachdruck Gaius *noster* nennt"[7].

C. Von kaiserlichen Verordnungen sind uns mehrere handschriftlich erhalten.

1. *Edictum Diocletiani* (*Maximiani, Constantii, Galerii ad provinciales*) *de pretiis rerum venalium:* eine gesetzliche Taxe aller Lebensbedürfnisse für die Ostländer des Reichs, v. J. 301, in sechs Exemplaren epigraphisch überliefert. — Behandelt und herausgegeben von Mommsen in den Verhandl. der sächs. Gesellsch. d. Wiss. 1851. S. 1—41. 383—390. und von Haenel *Corpus legum* p. 175.

2. *Edictum Constantini* über das Anklagerecht, v. J. 314, „auf vier Ambrosianischen Abschriften einer Lapidarinschrift erhalten". — Behandelt

1) Theodosius II. und Valent. III. ertheilten der Stadt Berytus die *metropolitana dignitas*, als *mater provinciae* zu gelten: *c. un. de metropoli Beryto* (11, 2). *cf.* Dirksen civ. Abhdl. II. S. 16.
2) Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 112. S. 310 und Bremer *l. c.* S. 36.
3) in Bekker's Jahrb. d. gem. R. III. (1858) S. 11. — 4) *l. c.* S. 77 ff.
5) s. Cursus § 953.
6) *Inst. prooem.* § 6. und § 5. *J. de publ. jud.* (4, 18) und Verordnung *Omnem reipublicae* § 1.
7) Mommsen *l. c.* S. 12.

und herausgegeben von Klenze i. d. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. IX. S. 56—90. 226—231. u. Haenel *Corpus legum* p. 190.

3. *Notitia Dignitatum* (*et administrationum omnium tam civilium, quam militarium*) *in partibus Orientis et Occidentis*, „ein auf älteren Grundlagen beruhendes, aber erst um 400 n. Chr. im Reichsarchive entworfenes amtliches Schema für den Behördenmechanismus und die Verwaltungsordnung im vollendeten nachconstantinischen Gesammtstaat“, in den Handschriften mit Anhängen, z. B. dem s. g. *Libellus provinciarum* und *Itinerarium Antonini*, verbunden [1].

D. Codificationen.

1. *Gregorianus Codex* [2]; Verfasser Gregorianus, „ohne Zweifel ein Jurist im kaiserlichen Consistorium, vielleicht noch unter Diocletian und Maximian“. Abgesehen von den im *Codex Justinianeus* befindlichen (?) Constitutionen „ist uns nur ein dürftiger, auf 13 Titel, 22 Constitutionen beschränkter Auszug unter dem *Jus vetus* in der westgothischen *Lex Romana* überliefert. Ihm hat man die in den Vaticanischen Fragmenten, der *Collatio* und *Consultatio* zerstreuten Excerpte angeschlossen und aus diesen Trümmern das verlorne Werk, soweit dies mit solchem Material möglich ist, in seiner ursprünglichen Gestalt herzustellen versucht“. Unter diesen Constitutionen ist die älteste vom Jahre 196 (von Septim. Sever.), die jüngste vom Jahre 295 (von Diocletian). Nach Haenel's Vermuthung zählte der *Codex* 16 Bücher.

Erste Ausg. von Sichard in seiner *lex Rom. Visigothor.* 1528. fol. 164—167. Neueste und vollständigste Ausg. von G. Haenel im 2. Theil des Bonner *Corpus juris antej.*

2. *Hermogenianus Codex*; Verfasser ein Hermogenianus, vielleicht unter Valens (364—378). Auch diese Sammlung ist uns, abgesehen von den im *Cod. Just.* befindlichen (?) Constitutionen, nur in einem dürftigen westgothischen Auszuge überliefert. „Mit Hülfe der Vatican. Fragmente, der *Collatio*, der *lex Rom. Burgundionum* und anderer Citate hat Haenel die Zahl der Titel mit Ausschluß der 7 Constitutionen aus der *Consultatio* auf 18 gebracht“. Die Sammlung sollte ein Supplement des Gregorianus seyn, und zerfiel bloß in Titel, nicht in Bücher. — Ausg. v. G. Haenel im Bonner *Corp. juris antej.* p. 61—80. —

Ueber den Ursprung und Zusammenhang dieser beiden ältesten Codificationen des Kaiserrechts hat neuerdings Huschke (Ueb. d. *Gregor.* und *Hermog. Codex* [3]) Licht verbreitet. Ursprünglich wurden sie nur unter dem Namen des Verfassers als Gregorianus, Hermogenianus [4], dann häufig auch als *Corpus Gregoriani, Hermogeniani* [5], endlich seit der Verordnung Theodos.' II. v. J. 438 [6] als Gregorianus und Hermogenianus Codex citirt.

---

1) Vergl. Böcking Ueb. d. *notitia dignitatum utriusque imperii* (Bonn 1834). Von demselben kritische Ausgabe der *Notitia* (Bonn 1839—1853). Vergl. Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 84 und Mommsen i. d. Abhandl. d. Berl. Acad. d. Wiss. (1862) S. 498 ff.

2) Der Eigenname, welcher adjektivisch zu verstehen ist, steht hier, ebenso wie beim Hermog. Codex immer voran. Dass die Verfasser nicht Gregorius, Hermogenes, sondern Gregorianus, Hermogenianus hiessen, darüber s. gegen Osann Pomponius *de origine juris* (1847. p. 151—7), neuerdings Huschke i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. VI. (1867) S. 283.

3) in Rudorff's Zeitschr. f. Rechtsgesch. VI. (1867) S. 279—331.

4) z. B. *Greg. libro XIII. in Vat. fragm.* 266; *libro XIV. in Coll. leg.* 1, 8; *Herm. sub titulo de deposito in Coll. leg.* 10, 3.

5) z. B. *Consult. vet. Icti* 1, 9.

6) *c. 5. C. Th. de const. princ.* (1, 5).

Dem Gregorianus waren zwei Privatsammlungen kaiserlicher Erlasse vorangegangen: 1) *Dositheus, D. Hadriani Sententiae et Epistolae* (ein bloßes Schulbuch)[1] und 2) *Papirius Justus, Constitutionum libri XX*, eine Sammlung von Proceß-Rescripten des *Marc Aurel*, welche wahrscheinlich identisch ist mit den in den Digesten mehrfach citirten *Semestria D. Marci*[2]. Ueberhaupt hatte mit Hadrian eine neue Epoche[3] für die kaiserlichen Rescripte begonnen. „Die älteste Constitution des *Just.* und somit denn gewiß auch des *Gregor. Codex* ist von Hadrian[4], und schon, daß es die einzige von ihm ist, deutet auf die Absicht der Compilatoren, damit den Anfang der Zeit, welche das Recht der alten Codices umspannte, zu bezeichnen. Auch die *scriptores historiae Augustae* fangen mit Hadrian an. Mit Hadrian vollendete sich nämlich die etwa seit Vespasian begonnene Umwandlung des ursprünglich despotischen oder absoluten Kaiserthums in ein verfassungsmäßiges mit den Principien, daß das Kaiserthum regelmäßig aus einem Collegium bestehen müsse, daß dem Kaiser gezieme, nach den Gesetzen, die er selbst gebe, auch selbst zu leben, daß der Fiscus auf Verlangen der Gegenpartei auch vor dem gewöhnlichen Richter Recht nehmen müsse[5], daß vom Senat nicht mehr an den Kaiser appellirt werden könne u. s. w. Insbesondere wurde der Kaiser nun auch verfassungsmäßig der Hort der Einzelnen gegen die Bedrückungen der senatorischen oder sonst wie mächtigen Familien. In diesem Interesse brachte namentlich Hadrian das Edikt zum festen Abschluß[6], namentlich zu Gunsten der vielen Mitbürger in den Provinzen. Hiermit hängt aber wieder zusammen, daß man Hadrian in gewissem Sinne auch den Urheber des alten kaiserlichen, namentlich des Rescriptenrechts[7], nennen kann. Wohl hatten auch die früheren Kaiser schon rescribirt, aber ihre Rescripte (an Privaten) verliehen in der Regel nur Privilegien. Rescripte mit allgemeinen Principien werden nun allerdings auch schon von den Vorgängern des Hadrian (seit Vespasian) als das gemeine Recht fortbildende von den Juristen angeführt, die meisten von Trajan; unverhältnißmäßig mehr aber doch auch erst von Hadrian an“[8]. „So bildeten die kaiserlichen Proceßrescripte seit Hadrian auf Grundlage des *edictum perpetuum* die nunmehr schriftliche *viva vox* des modernen Civilrechts, und eine Codificirung derselben mußte selbstverständlich mit Hadrian anfangen. Auch erscheint es nun als eine innere Nothwendigkeit, daß der *Gr.* und *Herm. C.* die Ordnung des prätorischen Edikts befolgten“[9].

Betreffs der Zeit greifen die beiden *Codices* gewissermaaßen in einander, indem die jüngste Constitution des Gregorianus dem Jahre 295, die älteste des Hermogenianus dem Jahre 290 angehört, wie Huschke[10] gezeigt hat. Dies führt zu der Vermuthung, daß Gregorian seine Sammlung in den letzten Jahren des 3. Jahrh. verfaßte. Er that es demnach unter Diocletian und wohl auch auf dessen Anlaß; Diocletian's Plan mochte „auf Herstellung eines möglichst vollständigen Thesaurus des kaiserlichen *jus vetus*“ gerichtet seyn, um auf diese Weise in der Praxis die Möglichkeit einer Unterscheidung der wirklich generellen Constitutionen von den bloßen Specialrescripten zu geben[11]; und ihm ist diese Initiative um so eher zuzutrauen, weil auch er es

1) s. Cursus § 303.
2) *fr.* 46. *de pactis* (2, 14) u. s. w. Vergl. Huschke a. a. O. S. 281. 327.
3) Vergl. Cursus § 313. — 4) *c.* 1. *de test.* (6, 23). — 5) Vergl. Cursus § 329.
6) s. Cursus § 301. — 7) s. Cursus § 307.
8) s. Haenel *Corpus legum* p. 93–101. — 9) Huschke *l. c.* S. 321. 322. 328.
10) *l. c.* S. 285—7. — 11) Huschke *l. c.* S. 299. 319.

war, der die Sammlung der s. g. *scriptores historiae Augustae*, d. h. von Biographen der Kaiser Hadrian bis Diocletian, veranlaßte. „Wir kennen keinen bedeutenden Juristen Gregorianus unter Diocletian; der Verfasser des Codex scheint nur ein untergeordnetes Subjekt gewesen zu seyn; aber auch das entspricht der literärischen Bedeutung eines Spartian, Vopiscus, Trebellius Pollio, Vulcatius, die nicht mehr mit den alten Geschichtsschreibern der Kaiserzeit auf gleiche Linie gestellt werden können“ [1].

Während der *Gregorianus Codex* Constitutionen aller Art enthielt, zeigt der *Hermogenianus Codex* nur Rescripte im eigentlichen Sinne; die jüngsten sind von Valens aus dem Jahre 364. Bald nachher muß Hermogenian[2] die Sammlung gefertigt, oder wenigstens in letzter Gestalt vollendet haben, denn die *Collatio legum* citirt sie schon, Cölius Sedulius († 494)[3] nennt drei *editiones sui operis* als von ihm selbst abgefaßt und zählt ihn unter die *Veteres*, und Ammian 30, 4. § 16 zu dem Jahre 374 erwähnt „*Codices*“, wobei nur an den *Gregor.* und *Hermog. Codex* gedacht werden kann[4]. Gerade eine Auswahl von Rescripten zu treffen, mußte ein besonders dringendes Bedürfniß werden, da seit dem 4. Jahrhundert, namentlich seit dem beträchtlich vermehrten Rescribiren infolge der Reichstheilung, über zunehmende Rechtsunsicherheit wegen der vielen oft sich widersprechenden Kaisererlasse geklagt wurde. Mehrere Kaiser versuchten daher auf verschiedenem Wege diesem Uebel abzuhelfen; man begann seit Constantin zwischen den auf *sacra generalitas* beruhenden und bloß speciellen Erlassen an Privaten genauer zu unterscheiden; schon Constantin verordnete, daß Privaten-Rescripte, deren Inhalt *contra jus* (*sc. generale*) stritte, keine Geltung behalten sollten[5]. Wichtig war es aber, eine Uebersicht der an Privaten ergangenen Rescripte von allgemeiner Geltung zu haben, da sie nicht so einfach, wie die von den Kaisern immer gemeinsam erlassenen Generaledicte, erkennbar waren: diesem Zwecke sollte wohl die Hermogenianische Supplementsammlung dienen. Gründlich half freilich hier erst eine Constitution von Arcadius und Honorius (i. J. 398), welche selbst den an Richter ergangenen Rescripten die Allgemeingeltung schlechthin absprach[6].

Beide Codices waren für das ganze Reich bestimmt, und beide scheinen im Orient entstanden zu seyn. Huschke hat selbst seine früher geäußerte Ansicht, daß Gregorian's Sammlung im Occident veranstaltet worden[7], jetzt zurückgenommen[8], indem er sich zugleich gegen die von Mommsen[9] ausgeführte Ansicht, es sei eine occidentale (vollständige) und eine orientale (bloß vorconstantinische Rescripte enthaltende) Redaction des Hermogenianus zu unterscheiden, erklärt[10].

3. *Codex Theodosianus*[11]. Derselbe war ein vom Kaiser nicht bloß veranlaßtes, sondern befohlenes und im engern Sinne officielles Werk. — Nach den oben angegebenen Maaßregeln blieb noch „ein einziger Zweifel, ob

---

1) Huschke *l. c.* S. 288.

2) Wahrscheinlich identisch mit dem Verfasser der in den Digesten excerpirten *juris epitomae*, die gleichfalls nach Titeln geordnet waren: Huschke S. 291. 292.

3) In seiner Präfatio zum *opus Paschale* (*biblioth. patr. max. VI.* p. 458).

4) Huschke *l. c.* S. 291—4. — 5) i. J. 315: *c. 2. C. Th. de div. rescr.* (1, 2).

6) *c. 11. C. Th. eod.*; dazu *c.* 2. 3. *C. Just. de legib.* (1, 14). Huschke S. 300—306.

7) Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XIII. S. 9. — 8) Zeitschr. f. Rechtsgesch. VI. S. 306.

9) In seiner Ausgabe der *Vaticana fragm.* p. 398 sq.

10) Huschke *l. c.* VI. S. 308—312.

11) Vergl. Puchta Cursus § 136. Dazu Krüger üb. die Zeitbestimmung der Constitutionen a. d. J. 364—373. Zur Kritik des *Cod. Theod.* in *Commentationes philol. in hon. Th. Mommseni* 1877. *p.* 75—83).

nämlich ein Rescript nicht vielleicht nur zufällig durch eine Consultation wegen eines einzelnen Falles veranlaßt und doch als *jus generale* gemeint sei". Denselben „beseitigte noch durch genaue Angabe der Kriterien einer allgemeinen Verordnung Valentinian's III. Gesetz v. 6. Nov. 426, d. h. einen Tag vor dem s. g. Citirgesetz"[1]. „Was nun aber das neue Recht der kaiserlichen Gesetze betrifft, so schaffte erst die Abfassung des *Theodos. Codex* Hülfe, indem in diese Sammlung alle kaiserlichen Verordnungen aufgenommen wurden, welche noch gelten sollten. Auch konnte nun durch Edikte keine neue Rechtsunsicherheit mehr entstehen, da die beiden Reichshälften streng geschieden waren, und das Princip festgestellt wurde, daß Verordnungen des einen Kaisers, nur wenn sie auch vom anderen in seinem Gebiet publicirt würden, daselbst gelten sollten"[2].

Theodos. II. und Valentinian ordneten die Codificirung durch eine Constitution v. J. 429[3] an, welche in Constantinopel an den dortigen Senat gerichtet, dann auch im römischen Senat recitirt wurde. Die Sammlung sollte mit Constantin beginnen. Die anfängliche Commission ward im Jahre 435 verdoppelt, d. h. auf 16 Mitglieder gebracht. Durch Gesetz vom 15. Febr. 438 verkündigt, sollte die fertige Sammlung vom 1. Jan. 439 an ausschließliche Gesetzeskraft haben.

„Im Orient wurde der Theodos. Codex mit seinen beiden Vorläufern in den Justinianischen eingearbeitet. Im Occident erscheint er in der westgothischen *Lex Romana* epitomirt und noch später, im 7. Jahrhundert, wurde er, muthmaaßlich auf der Rechtsschule zu Ravenna, summirt[4]. Die Ueberlieferung ist allmählich so weit vervollständigt, daß jetzt nur noch die ersten fünf Bücher und Buch 6, Tit. 1. 2. auf der westgothischen Epitome beruhen, und selbst diese durch eine Anzahl entdeckter ächter Constitutionen sehr erhebliche Ergänzungen erhalten haben"[5].

Berühmte Ausgabe mit umfassenden werthvollen Erläuterungen von Jac. Gothofredus: *Codex Theod. cum perpetuis commentariis. Opus posthumum. VI Tomi, (Lugd.) 1655. fol.* Spätere Ausg. von Ritter, *VI Tomi, (Lips.) 1736—45.* Eine Ausgabe der in Turin und Mailand entdeckten Constitutionen aus den 5 ersten Büchern lieferte Wenck: *Codicis Theod. libri V priores (Lips.) 1825.* Neueste kritische Ausg. von G. Haenel 1842 im Bonner *Corpus juris antej. Vol. II.* p. 81 sq., beruhend auf 54 Handschriften und den bisherigen Ausgaben.

4. An diesen Codex schließen sich spätere Constitutionen (*novellae leges*) an. „Die Novellen von Theodos., Valentinian (425—455), Marcian (450—457), Majorian (457—461), Severus (461—465), Anthemius (467—472), also von 6 meist occidentalischen Kaisern sind in der größten abendländischen Sammlung nach der Zahl eben dieser Kaiser in 6 Abthlgn. unter Titelrubriken zusammengestellt, so daß jede dieser Rubriken gewöhnlich 1 Novelle enthält"[6].

---

1) *c. 3. C. Th. de resp. prud.* (1, 4). — 2) Huschke *l. c.* VI. S. 306.
3) *c. 5. C. Th. de const. pr.* (1, 1).
4) *Antiqua Summaria Codicis Theod. ed G. Haenel* (1834).
5) Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 100.
6) Rudorff *l. c.* § 101. Krit. Ausgabe v. G. Haenel: *Novellae Constitutiones Imperatorum Theodosii II., Valentiniani III. etc.* 1844. Im Bonner *Corp. jur. antej.* hinter dem *Cod. Theod.*

## III.

## Justinian's Gesetzgebung und Studienordnung.

Zu § 958. 959] A. Der Name Justinian's gehört zu den hervorragendsten in der Weltgeschichte, und mit Recht, denn nicht leicht ist wieder so viel von einem Barbaren für die Civilisation geleistet worden, wie von ihm. Daß er kein Römer war, merkt man ihm auf Schritt und Tritt an; weder einem Romulus, noch einem Augustus, noch einem Diocletian war er als Organisator vergleichbar. Aber er hat mit einer für seine Zeit großen Geschicklichkeit und Ausdauer den Plan verfolgt, den antiken *Orbis Romanus* wiederherzustellen und, was von antiken, römischen Resten noch da war, zu retten. Indem er sich als den Erben der römischen Imperatoren gerirte, trat er in der That die große Erbschaft des römischen Rechts an und nahm gleichsam den Genius Rom's in seine Person auf, so, wie der alte ächte Römergedanke die Erbfolge vorstellte. Noch gab es zu seiner Zeit einen Schatz antiker Traditionen und Formen: Justinian knüpfte an ihnen an und bewahrte uns auf diese Weise mehr vom Alterthum, als von ihm selbst und seiner Zeit verstanden und gewürdigt wurde. Jenes unmittelbare Besitzthum antiker Traditionen ersetzte den mangelnden geschichtlichen Sinn. Barbarische, römische und griechische Anschauungen, Heidenthum und Christenthum ringen mit einander: Justinian's Regierung zeigt dieses Ringen wie ein wogendes Weltmeer, welches ohne Bahnen und Grenzen ist. Den *Orbis Romanus* wiederherzustellen gelingt dem Kaiser nur sehr unvollkommen, glücklicher ist er in der Ausführung des seinen Centralisationsplan ergänzenden Gedankens einer großen Codification des Reichsrechts. Die ganze Staatsentwickelung seit Constantin strebte diesem Ziele zu, Justinian faßte es mit großem Sinne in's Auge. Umfassender als Theodosius II. es sich gedacht hatte, ließ Justinian die seit Jahrhunderten angesammelten Werke und Gesetze sammeln und ordnen, und seine Sammlungen gingen zurück bis auf Q. Mucius Scaevola [1], bez. bis auf Hadrian [2]. Mit Mucius und Sabinus war ja das alte *jus civile* im Wesentlichen vollendet; mit Hadrian die Entwickelung des *jus honorarium* abgeschlossen, und seit Hadrian begann System in das *jus extraordinarium* zu kommen. Wie einst in Julian's Digesten das ganze *jus ordinarium* zusammengefaßt war, sollten Justinian's Digesten von Neuem eine endgültige Zusammenfassung im größten Styl geben, und der Codex war bestimmt, das große geschichtliche System des *jus tripertitum* [3] mit dem *jus extraordinarium et novum* zu krönen.

In seinem Digestenwerke reichte Justinian dem antiken Rom die Hand; er that das mit Emphase und affectirte römische Sitte; Tribonian war freilich kein Papinian, und oft genug ist das Justinianische Recht der Ausdruck jämmerlicher Compromisse [4]. Aber wir wollen dem Kaiser danken, daß er in der von ihm angeordneten Sammlung allenthaben die Juristen des alten Rom zum Worte kommen gelassen und gleichsam die ganze Juristenwelt von ehemals leibhaftig heraufbeschworen hat. Julian's Digesten und Ulpian's Ediktscommentar vermögen wir daraus uns nahezu zu reconstruiren. Im Codex trat Justinian mit dem Stolz eines Reformators auf, er schloß die Reihe gesetzgebender Kaiser seit Hadrian, indem er mehr leistete, als

1) Digesten. — 2) Codex.
3) s. oben (Excurse) S. 317. 375. — 4) s. Cursus § 965. 966.

irgend einer aus der ganzen Reihe. Mit Constantin d. Gr. war eine neue, die christliche Zeit angebrochen; Isidor[1] sagt von ihr: *Paulatim antiquae leges vetustate atque incuria exoleverunt; leges novae a Constantino coeperunt et reliquis succedentibus;* die *in jure cessio* und *mancipatio,* die *cretio* und *emancipatio* (*vetus*), die *expensilatio* und Prädiatur, die *manus* und *confarreatio* verschwanden im Lauf des 3. Jahrh. p. Chr.; das ganze System gewann einen neuen Karakter, welcher nicht mehr antik war. Es galt, in diesem Wirrsal des Untergangs der alten Welt und des neuen Werdens kosmopolitischer, christlicher Ideen eine Ordnung zu schaffen. Justinian hat das Verdienst, sich diese Aufgabe mit Bewußtseyn gestellt zu haben; es lag weniger an ihm individuell, als an der ganzen Zeit, daß er die Aufgabe nicht löste, nicht lösen konnte. Justinian's Codex (nebst Novellen) ist das große culturgeschichtliche Denkmal eines arbeitenden Geistes; die Arbeit war der erste Versuch der Reception eines fremden Rechts im Großen und Ganzen. Das röm. Recht mußte im byzantinischen Orient recipirt werden, bevor es im mittelalterlichen Occident von Neuem recipirt werden konnte. Als Vorstufe dieses Receptionsprocesses ist Justinian's Codification von außerordentlicher Bedeutung in der Culturgeschichte.

B. Als die Grundlage seines ganzen Codificationswerks ist Justinian's Digestenplan[2] anzusehen, wie er ihn selbst durch Tribonian — seitdem seine rechte Hand in gesetzgeberischen Werken fast 20 Jahre lang — in den *Constitutiones Deo auctore, Tanta* und *Dedit nobis*[3] darlegen ließ. Hier heißt es, daß der Stoff in Uebereinstimmung mit der Codex-Ordnung und nach dem Vorbild des *Edictum perpetuum* geordnet worden, daß ein 1400jähriger Zeitraum im Rahmen der 50 Digestenbücher zusammengefaßt, aus der juristischen Literatur aber nur die Werke der kaiserlichen Respondirjuristen und bez. die von diesen gebilligten Werke excerpirt worden seien[4]. Als Verfasser führt der Kaiser theils Staatsmänner (*Tribonianus, Constantinus*), theils constantinopolitanische (*Theophilus*) und berytische Rechtslehrer (*Dorotheus, Anatolius, Cratinus*), theils Praktiker auf (*Stephanus, Menna, Prosdocius, Eutholmius, Timotheus, Leonidas, Leontius, Plato, Jacobus, Constantinus, Johannes*)[5]. Mit besonderem Nachdruck fügt der Kaiser das Verbot hinzu, daß keine Commentare zu dem Digestenwerke veröffentlicht werden sollten, damit nicht, wie das dem *Edictum perpetuum* begegnet sei, durch theoretische Controversen das erhabene Gesetz wieder verdunkelt werde[6]; Auslegung streitiger Stellen solle durchaus ein Reservatrecht der *auctoritas Augusta* seyn, *cui soli concessum est leges et condere et interpretari*[7]. Vernünftiger als letztere Vorschrift, für welche sich Justinian mit zweifelhaftem Recht auf keine Geringeren, als Julian und Hadrian, beruft, war das Verbot von Abkürzungen und Siglen beim Abschreiben und Bedrohung derselben mit straf- und civilrechtlichen Nachtheilen[8].

Die Abfassung des Codex war gleichfalls einer Commission von Staatsmännern (*Johannes, Leontius, Phocas, Basilides, Thomas, Tribonianus, Constantinus*), Rechtslehrern (*Theophilus*) und Praktikern (*Dioscorus, Praesentinus*) übertragen worden[9]; diesen Codex galt es nun mit den Digesten in

1) *Or.* 5, 1. — 2) Vergl. oben (Excurse) S. 308—312.
3) *c.* 1—3. *de vet. jure enucl.* (1, 17). — 4) *c.* 1. § 5; *c.* 3. § 1. *eod.*
5) *c.* 2. §. 9. *eod.*; *c.* 3. § 9. *eod.* — 6) *c.* 1. § 12. und *c.* 2. § 21. *eod.*; *c.* 3. § 21. *eod.*
7) *c.* 2. § 21. *eod.*; *c.* 3. § 18. 21. *eod.* — 8) *c.* 2. § 22; *c.* 3. § 22. *eod.*
9) *c. Haec quae necessario (de novo Codice faciendo)* § 1; *c. Summa reipublicae (de cod. confirmando)* § 2.

Einklang zu bringen. Die hierzu bestellte Commission bestand aus *Tribonianus, Dorotheus, Menna, Constantinus* und *Johannes*[1]. Auch für diesen *Codex renovatus s. repetitae praelectionis* ward das Verbot von Abkürzungen gegeben[2].

Von dem Vorbehalte, weitere Gesetze (*Novellae*) nachträglich zu erlassen[3], machte Justinian ausgiebigen Gebrauch, namentlich so lange Tribonian († 545) lebte. Die erste der Novellen ward bereits 535, die letzte uns bekannte 565 (Nov. 137) erlassen. Die meisten der Novellen sind kirchenrechtlichen Inhalts; die wichtigsten unter den privatrechtlichen schlagen in das Erbrecht ein (Nov. 115. 118. 127)[4].

Die Institutionen Justinian's hatten einen vorwiegend theoretischen Zweck; sie sollten wohl namentlich der griechischen Jugend für den juristischen Elementarunterricht dienen; es lag daher nahe, sie auf das ähnliche Werk des Gaius zu gründen, welchen schon Theodosius II. für seine Studienordnung ans Licht gezogen und neben den alten Kaiserjuristen nachträglich sanctionirt hatte. Ihre Ausarbeitung ward unter Tribonian's Leitung durch die beiden Rechtslehrer *Theophilus* und *Dorotheus* besorgt[5].

C. In unmittelbarer Verbindung mit dieser Codification schritt Justinian auch zu einer Reform der (Theodosischen) Studienordnung (*ordo eruditionis et tramites, per quos ambulandum est*), bestimmt für die großen Lehranstalten des Reichs zur Nachachtung für Lehrer (*antecessores, legum professores*) und Lernende (*studiosi, discipuli, legum auditores*). Oeffentliche Lehranstalten der Jurisprudenz sollten fortan nur in den zwei *regiae urbes* (Altrom und Neurom, d. h. Constantinopel)[6] und der *metropolis Berytiensium* (Berytus, der alten asiatischen Pflanzstätte römischer Juristen) bestehen, andere, z. B. die zu *Alexandria* und *Caesarea*, aufgehoben seyn. Diese Verordnung, sowie die neue Studienordnung selbst ist in der an die angestellten Rechtslehrer erlassenen *Const. Omnem*[7] enthalten. Hiernach sollten die Zuhörer des 1. Jahres des academischen Cursus (*Justiniani novi*[8]) die *Institutiones* nebst der 1. *Pars Digestorum* treiben; die des 2. und 3. Jahres (*Edictales* und *Papinianistae*) die 2. und 3. *Pars Digestorum* und dazu Buch 20—22 der Digesten; ferner die des 4. Jahres (Λύται) Buch 23—33; endlich in einem (neu hinzugefügten) 5. Jahre (Προλύται) den Codex. Weil sonach Buch 20—22 gewissermaaßen an Stelle von Papinian's Responsen traten, wurde dieses Digestenstück mit ἀντὶ Παπινιανοῦ (*Antipapinianus*) bezeichnet. Der Studentenschaft ward empfohlen, *diem, quem, cum primum leges Papiniani accipiebant, celebrare solebant,* d. h. den Beginn des 3. Studienjahres, wie bisher, so auch ferner festlich zu begehen[9].

D. Justinian ließ seine Rechtsbücher (und nachherigen Novellen) nicht nur im Orient, sondern zugleich für Italien publiciren, und nach Vertreibung der Ostgothen durch die s. g. *Sanctio pragmatica pro petitione Vigilii* von

---

1) *c. Cordi nobis (de emendatione Codicis)* § 2.
2) *c. Cordi nobis* § 5. Vergl. dazu Danz R. Rechtsgesch. I. § 83.
3) *c. Cordi nobis* § 4. — 4) l. d. J. 542. 543. 547.
5) *c. Tanta* § 11. 23; *c. Imperatoriam (de confirmatione Institutionum)* § 3
6) Rom, noch nicht wieder dem Reiche einverleibt, ward hier nur als ideelles Besitzthum *in partibus* genannt. v. Savigny Gesch. d. R. R. i. Mittelalter (*ed.* 2.) I. S. 461.
7) in den *Praefationes Digestorum* befindlich.
8) Justinian sagt hierüber: *Primi anni auditores non volumus vetere tam frivolo quam ridiculo cognomine Dupondios appellari, sed Justinianos novos nuncupari: ut, qui rudes adhuc legitimas scientias adspirent, nostrum nomen mereant.* Ueber den Namen *Dupondii* s. H. Pernice Miscellanea (1870) S. 107 ff.
9) *Const. Omnem* § 4.

Neuem einschärfen. Diese Sanction ist zuerst von *Miraeus* im 16. Jahrh. unter diesem (willkürlichen) Titel veröffentlicht und eigentlich ein Auszug von mehreren (mindestens 7) Constitutionen Justinian's, welche mittels Eines Patents (*edictale Programma*) i. J. 554 verkündigt wurden[1]. —. Zugleich verfügte der Kaiser die Einführung seiner Studienordnung in der Rechtsschule zu Rom[2].

## IV.

## Der Militärstand und das Militärrecht des sinkenden Reichs.

Zu § 964] Es ist von mir wiederholt auf die große Wichtigkeit hingewiesen worden, welche die Ausbildung eines militärischen Standes und Rechts in den Zeiten des untergehenden Römerthums hatte; zuletzt ist die Erscheinung des Militärrechts nochmals geschildert worden, indem sie in Bezug zur Vergangenheit gesetzt wurde. Es erübrigt, sie hier noch in Bezug zur folgenden Zeit zu setzen, wodurch Gelegenheit gegeben wird, eine allgemeine Frage zu erledigen, welche sich gegenüber dem aufgestellten Dualismus des *jus paganorum* und *militum* aufwerfen läßt. Diese Frage ist: wie es geschehen könne, daß ein Verkehrsrecht sich so in zwei Welten theile, m. a. W. ob nicht das an sich Unwahrscheinliche eines solchen Dualismus gegen die Richtigkeit und Wichtigkeit des behaupteten Dualismus streite?

Es ist diesem Bedenken gegenüber zuvörderst auf den Dualismus aufmerksam zu machen, welcher durch das praktische Reichsrecht des *Orbis Romanus* vorher Jahrhunderte lang sich zieht: nämlich auf den Dualismus des *jus Romanorum* und *peregrinorum;* auch das letztere — es ist von mir die hellenistische Praxis genannt worden[3] — ist für jene Zeiten als ein Theil, als die andere Hemisphäre des im Reiche geltenden Verkehrsrechts anzusehen. Es handelte sich dabei mit nichten um staatsrechtliche Positionen, sondern um eine zwiefache Evolution des *jus privatum,* und es ist also durchaus nichts Neues, wenn wir nachher wieder einen Unterschied zweier privatrechtlichen Welten, des *jus paganorum* und *militum,* entstehen sehen[4].

Wir dürfen aber nicht bei dieser Vergleichung stehen bleiben; eine andere geschichtliche Perspektive bietet sich dar, wenn wir in die Zeiten des germanischen Mittelalters hinausblicken. Von Neuem sehen wir da einen Dualismus des Verkehrsrechts sich entwickeln: die Scheidung des Landrechts und Lehnrechts, hinter welcher dann weiter die Scheidung des Landrechts und Stadtrechts, endlich die des Civilrechts und Handelsrechts als bedeutsame weltgeschichtliche Thatsachen zu notiren sind. Uns interessirt hier vorzugsweise die erstgenannte Scheidung des Verkehrsrechts in Landrecht und Lehnrecht. Bei den romano-germanischen Stämmen des 9. 10. Jahrhunderts u. s. w. sehen wir das s. g. Landrecht, erwachsen aus den alten Volksrechten, gleichsam an der Stelle, wo im antiken *Orbis Romanus* das *jus privatorum s. paganorum* gewesen war; an die Stelle des antiken *jus militare* aber trat das Lehnrecht (*jus feudale*), das Recht der Ritter und Vasallen. Die Frage ist nun, ob diese Vergleichung des mittelalterlichen *jus feudale*

1) Haenel *Juliani Epitome* (1873) *p. XLVIII.* Derselbe nennt die Sanction *Epitome Constitutionum Justiniani de reformanda Italia.*
2) *Sanct. pragm. c.* 22. Rudorff R. Rechtsg. I. § 116.
3) s. Cursus § 205 a. E. — 4) s. Cursus § 927. Dazu Excurse S. 663.

mit dem antiken und bez. nachclassischen *jus militare* bloß einen äußerlichen Werth habe, oder ob ein geschichtlicher Zusammenhang zwischen beiden stattfinde.

Daß nun in der That das letztere der Fall ist, soll hier zum Schluß gezeigt werden, um auch an diesem Punkte deutlich zu machen, wie mit dem Recht des alten *Orbis Romanus* das Recht des mittelalterlichen und indirekt auch des modernen Europa durch tausend Fäden zusammenhängt. Es ist das vom Standpunkt des Justinianischen Rechts aus ein Blick in die Zukunft, wie auch die Betrachtung des nachjustinianischen (byzantinischen) Rechts und der italienischen Glosse, — aber ein Blick in die Zukunft, welcher der Vergangenheit zu Statten kommt. Ohne die vorausgehende Thatsache des römischen Militärrechts erklärt sich die Entstehung des Lehnrechts nicht, dieses war eine Mischung aus Elementen des germanischen Gefolgeschaftswesens mit Resten des römischen Militärrechts[1], und anderseits erklärt sich die hohe und nachhaltige Bedeutung dieser Reste nicht ohne die Annahme, daß vordem das Militärrecht eine eminente Rolle im *Orbis Romanus* spielte, und daß eben ein ganzes System von Rechtsideen in ihm wirklich geworden war, welches nicht ohne Weiteres sich in Nichts auflösen, und recht wohl Jahrhunderte hindurch in späteren Rechtsbildungen fortwirken und nachklingen konnte.

Die Brücke, welche vom alten *jus militare* zum *jus feudale* hinüberführt, ruht gleichsam auf zwei Hauptpfeilern, nämlich auf den zwei Thatsachen, daß das *Imperium Romanum* sich nach und nach ganz mit dem Reich der Christenheit identificirte, und daß die germanischen Stämme, welche zuerst in dauernde Berührung mit dem römischen Reiche kamen, in demselben vornehmlich die Stellung von Soldtruppen einnahmen[2]. Diese Thatsachen stehen fest, und sie genügen zur Erklärung des behaupteten Zusammenhangs, welcher sich überdies durch viele Einzelnheiten überzeugend nachweisen läßt. Das Christenthum einerseits und das Germanenthum anderseits sind die beiden Factoren, welche hierbei spielen, sowie sie von H. Richter[3] in Betracht gezogen worden sind, wenn er sagt: „In der letzten Periode des römischen Imperium gab es kaum noch eine eigentlich römische Geschichte. Es ist die Geschichte der christlichen Religion und des Germanenthums auf römischem Boden. Das eigentliche Römerthum kommt nur so weit in Betracht, als es einerseits suchte, durch jene beiden Mächte neue Stärkung zu gewinnen, und doch an die Kirche seine besten Kräfte verlor, und unter den Tritten der Germanen mehr und mehr zerbröckelte, als es anderseits in Versuchen gegen die neuen Principien gleichsam krampfhaft aufzuckte und gerade hierdurch seinen Untergang beschleunigte, als endlich die Kaiser in diesen Kämpfen Partei zu nehmen sich gedrungen sahen, ja vielmehr an die Spitze der Bewegung für oder wider zu treten suchten".

A. Das Christenthum ward durch Constantin zur maaßgebenden Religion im Reiche. Bisher hatte dieses Reich als das Reich der heidnischen Cultur gegolten, nunmehr galt es als das Reich der Christenheit, und diese Erhebung zur Staatsreligion war ein Akt der kaiserlichen Machtvollkommenheit. Die Soldaten, welche im engern Sinne des Kaisers Volk bildeten, waren

1) Vergl. Fitting d. *castr. peculium* S. 6. 7.
2) Vergl. auch Marquardt Röm. Alterth. III. 2. S. 385. 386.
3) d. weström. Reich, besond. unt. d. Kaisern Gratian u. s. w. 375—388 (1865). S. 28. — Mücke Flav. Claudius Julianus (1869) hat den Einfluss der barbarischen (gallischen, germanischen) Elemente viel zu wenig berücksichtigt.

fortan eines christlichen Kaisers Soldaten, die Sache des Christenthums war nun auch die Sache des Kaiserthums und umgekehrt. Es war daher natürlich, daß die römischen *Milites* vornehmlich die Bedeutung einer Schutzwehr des christlichen Staats und einer Vorkämpferschaft der christlichen Kirche erhielten, und sie erhielten diese Bedeutung wohl nicht bloß den feindlichen noch heidnischen Barbaren, sondern ebenso den etwa aufsässigen noch heidnischen Reichsbewohnern gegenüber. Wie Kaiserreich und Christenheit, so identificirten sich gleichfalls gewissermaaßen Soldaten und Christen: wir sehen das an der Wendung, welche in der nachclassischen Zeit die Bedeutung des Wortes *Pagani* nimmt, denn dieses, bisher die Nichtsoldaten bedeutend, erlangte nun die Bedeutung von Nichtchristen. Wie aber kam das Wort *Pagani* dazu, nun die Heiden zu bedeuten?

Zuvörderst ist hierbei zu berücksichtigen, daß mit dem christlichen Kaiserthum eine in jeder Beziehung neue Zeit anbrach, und man schon damals sehr bald eine Riesenkluft wahrnahm zwischen dieser und der vergangenen Zeit, welche letztere nun als eine weit dahinten liegende Vergangenheit und fremdartige Vorzeit erschien. *Antiquitas* nannte man von da an die vorhergehende Kaiserzeit bis ins 3. Jahrhundert n. Chr. Bereits Capitolin am Schluß seiner *Vita Macrini* gibt in einer Anrede an Diocletian, welchen er *cupidum veterum Imperatorum* nennt, diesem Bewußtseyn vom Aufgange einer neuen Epoche Ausdruck; Isidor[1] sagt: *Leges novae a Constantino Caesare coeperunt et reliquis succedentibus.* Eine neue Zeit aber ist immer Schöpferin einer neuen Terminologie, denn das Gerüste der Sprache wandelt sich nothwendig mit dem Gefüge des Geistes.

Die Umdeutung des Wortes *Pagani* gehört dieser Wende der Zeiten an, und sie steht hier nicht allein. Eine Zusammenstellung aller hervorragenden Wortumdeutungen dieser Art würde eine treffliche Karakteristik des ganzen Zeitgeistes geben; hier sei nur daran erinnert, daß in dieser Zeit, welche auch ganz neue Worte in die Rechtssprache des Reichs einführte (z. B. *emphyteusis*[2], *laeti*[3]), den Worten *Gentiles, Peregrini, Coloni, Codex* ein entschieden anderer Sinn, als der bisherige, eingehaucht wurde. Der Ausdruck *Gentiles* bezeichnete etwa seit dem 4. Jahrhundert dasselbe, was früher *Peregrini,* namentlich in Anwendung auf die neuerdings innerhalb der Reichsgrenzen aufgenommenen barbarischen Stämme[4]; bald wurde er aber auch im christlichen Sprachgebrauch zur Bezeichnung der Heiden gebraucht[5]. Der Ausdruck *Peregrini* dagegen erhielt jetzt die relative Bedeutung von Auswärtigen, d. h. im Gegensatz der Bewohner einer bestimmten Stadt oder Provinz oder auch des Reichs im Ganzen: Ausländer, bez. Barbaren[6]. *Coloni* wurden ehedem die einfachen Pächter von Landgütern genannt, aber seit dem 4. Jahrhundert mit der Ausbreitung der Sitte der *locatio in perpetuum* und der *glebae adscriptio* wurden unter *Coloni* vornehmlich die dem Stande der Unfreiheit sich annähernden Erbpächter verstanden, deren Stellung sich zu einer Standeseinrichtung ausbildete[7]. Der Ausdruck *Codex,* welcher in der classischen Zeit die *tabulae accepti et expensi* bezeichnet hatte, erhielt jetzt eine publicistische Rolle, indem er die officiösen und officiellen Sammlungen kaiserlicher Constitutionen bezeichnete[8]. Ebenso wurde nun der Ausdruck

1) *Orig.* 5, 1. — 2) s. Cursus § 585 u. Excurse S. 519. — 3) s. Excurse S. 362.
4) Vergl. Voigt das *jus naturale* und *gentium* d. Römer II. S. 899. IV. 2. S. 63.
5) *Isid. Orig.* 8, 10. — 6) s. Voigt *l. c.* IV. 2. S. 66. 67.
7) s. Cursus § 327. 585. 961. u. Excurse S. 359—361. — 8) s. oben Excurse S. 684.

*Pagani* in neuem Sinne verwendet, und zwar ganz analog dem Ausdruck *Gentiles:* wie diese, so bedeuteten auch jene nun im christlichen Sinne einen Gegensatz zu den Christen überhaupt und insonderheit zu den christlichen Reichsbewohnern.

Ueberall im Reiche hatte das römische Regiment auf die Auflösung der alten nationalen Gauverbände hingearbeitet, die geschlossene römische Stadtverfassung war in den meisten Provinzen unbedingt herrschend geworden, und jemehr sie dies war, um so einflußreicher war da das römische Regiment. Als dieses nun christlich geworden, mußte daher das Christenthum sich am leichtesten in den Städten und deren Umgebung durchsetzen, und die Beobachtung der christlichen Formen da sich am folgerichtigsten controliren lassen. Die heidnischen Reste flüchteten sich in die entlegeneren Gegenden, wohin des Kaisers Arm nicht so unmittelbar und regelmäßig reichte. Dieses schnellere Gelingen der christlichen Propaganda in den Städten scheint selbst in einer kaiserlichen Constitution[1] durchzublicken; Constantin II. sagt: *Placuit omnibus locis atque urbibus universis claudi protinus templa* (a. 342); ausdrücklich gestatteten Constantius und Constans die Erhaltung der *aedes templorum extra muros positae*[2].

In griechischen Constitutionen Justin's und Justinian's[3] werden die Heiden als Ἕλληνες bezeichnet, wofür in der lateinischen Uebersetzung die Bezeichnung *Pagani* üblich ist. In lateinischen Constitutionen finden wir die *Gentiles*[4] oder *Pagani* den *Christiani* gegenübergestellt; letzteren Ausdruck (in diesem Sinne) finde ich zuerst in einer Constitution des Valentinian und Valens[5]. Seitdem konnte dieser Ausdruck selbstverständlich nicht mehr als Gegensatz zu den *Milites* gebraucht werden, wir finden daher jetzt dafür das Wort *Privati* wieder angewendet[6]. Karakteristisch lautet eine der Sirmond'schen Constitutionen[7]: *Sane quia religiosos populos nullis decet superstitionibus depravari, Manichaeos omnesque haereticos vel schismaticos sive mathematicos omnemque sectam catholicis inimicam ab ipso adspectu urbium diversarum exterminari debere praecipimus, ut nec praesentiae quidem criminosorum contagione foedentur. Judaeis quoque vel paganis causas agendi vel militandi licentiam denegamus, quibus christianae legis nolumus servire personas, ne occasione dominii sectam venerandae religionis mutent.*

B. Das Germanenthum gewinnt im Occident eine neue Bedeutung für das römische Reich. Es bleibt hier nicht mehr dabei, daß einzelne germanische Männer in die Leibwache und unter die Legionen aufgenommen, ganze germanische Stämme auf Reichsboden zugelassen und unter das römische Imperium gestellt werden, sondern wir sehen, wie germanische Heerführer nach der Herrschaft über Italien trachten, an die Stelle des Kaisers treten, und höchstens noch eine Oberhoheit der byzantinischen Herrscher anerkennen. Alarich hatte nur geplündert, Geiserich nur verwüstet. Odoaker, der Anführer der Herulischen Soldtruppen, entthronte den Romulus Augustulus; syste-

1) *c. 1. pr. de paganis* (1, 11). — 2) *c. 3. C. Th. de paganis* (16, 10).
3) *c. 12. 18. de haereticis* (1, 5); *c. 2. ne christ. mancipium* (1, 10); *c. 9. 10. de paganis* (1, 11).
4) *c. 21. C. Th. de paganis* (16, 10).
5) wahrscheinlich aus d. J. 368: in *c. 18. C. Theod. de episc.* (16, 2). Spätere Constitutionen: *c. 1. 2. pr. C. Th. de apost.* (16, 7) a. d. J. 381. 383; *c. 26. C. Th. de Judaeis* (16, 8) a. d. J. 423; *c. 20—25. C. Th de paganis* (16, 10) a. d. J. 415—435; *c. 6. 8. C. Just. de paganis* (1, 11) a. d. J. 415.
6) z. B. in *c. 4. de Judaeis* (1, 9); *c. 8. de pag.* (1, 11).
7) Theodos. II. a. 425: *Const. Sirm. 6. i. f.*

matisch aber machte sich das germanische Element in Italien unter Theoderich (493—526) geltend. Seine Gothen bildeten vornehmlich den Soldatenstand, aber indem sie, durch Italien vertheilt, mit Grundbesitz ausgestattet wurden, bereitete sich ihre allmähliche Verschmelzung mit den Römern vor. Theoderich selbst, in voller Würdigung der civilisatorischen Macht des Römerthums, knüpfte zur Befestigung des gothischen Regiments überall an der römischen Vergangenheit an und erwies sich so als einen Förderer der *„civilitas“*, wie man damals die römisch-griechische Kultur nannte. „Er und das Gothenreich sollten den Barbaren die antike Bildung übermitteln, wie die Gothen zwischen dem Kaiserthum und der Germanenwelt die politische Mitte bildeten ... Ganz besonders berühmt er sich, Frieden und Herrschaft der Gesetze und römische Zucht auch über fremde Stämme zu verbreiten, so daß jeder Streit nicht, wie bei Barbaren, mit Waffengewalt, sondern auf dem Wege des Rechts geschlichtet werde. Darein setzt er seinen Stolz, daß er, ein Zögling des antiken Staatslebens, sein Reich wie ein römischer Kaiser, nicht wie sonst die wilden Barbarenkönige pflegen, verwalte, und Zwist und Streit nicht, wie die Barbaren, mit Fehde und Selbsthülfe, sondern nach Gesetz und Recht entscheiden lasse. Dies ist recht eigentlich der Kern seines Regierungssystems“[1]. Römische Münzen gelten fort, nach dem Falle Odoaker's legt Theoderich römische Tracht statt der gothischen an, mit ehrfurchtsvoller Anerkennung bringt er die römischen Staatsformen zur Geltung und gründet seine Herrscherrechte so viel als möglich auf die Traditionen des antiken Imperium[2]. So romanisirt er das altgermanische Königthum durch das Imperatorenthum und zwingt durch die Gewalt seiner thatkräftigen und intelligenten Persönlichkeit auch seine Gothen in diese romanisirende Umbildung.

Aber indem der germanische Königsbann mit dem römischen Imperium zusammenfließt, wird auch das Römerthum von germanischen Elementen durchdrungen. In gemischten Streitfällen richtet der Gothengraf (*comes Gothorum*), mit Zuziehung eines römischen Juristen, bald nach gothischem, bald nach römischem Recht. Alle Rechtspflege gipfelt in des Königs Pfalzgericht (*Comitatus*), an welchem stets eine Anzahl von rechtskundigen Personen beider Nationen verweilt; aus diesen bestellt der König die Richter. Und wie die Rechtspflege in seinem Namen geübt wird, so steht auch der Heerbann ihm persönlich zu; seine Gothen sind seine Soldaten[3]. Aber auch im Soldatenthum pflanzen sich römische Formen fort, und Theoderich wird den Soldaten gegenüber die Stellung eines Imperator gern betont haben. Er führt unter byzantinischer Oberhoheit den Titel eines Reichsmarschalls (*magister militum*)[4]. Wir wissen, daß überhaupt die antike Waffentracht sich lange im Gebrauch erhielt, bevor sie wesentliche Umbildung erfuhr; der römische Helm, das kurze Schwert, der Schuppenharnisch aus Horn und Metall, das Sagum und das enge Beinkleid sind bis in das 10. Jahrhundert die Hauptstücke der kriegerischen Bewaffnung und Bekleidung geblieben. So ward der germanische König der Erbe des römischen Imperator und der germanische Königssoldat der Erbe des römischen *Miles*. Im Gegensatz der Gothen (*barbari, capillati*) wurden die Römer *provinciales* oder *privati* genannt[5].

Auf der von Theoderich zuerst gelegten Grundlage entwickelte sich die

1) Dahn die Könige der Germanen (1861) 2. Abth. S. 134. 136.
2) Dahn *l. c.* 2. S. 139. — 3) Dahn *l. c.* 2. S. 124—130.
4) s. Cursus § 946. — 5) Gloeden d. Röm. R. im ostgoth. Reich (1843).

Mischung römischer und germanischer Elemente, die Tradition des römischen Zusammenhangs ging nicht verloren, und insofern läßt sich auch behaupten, daß das germanische Ritterthum direkt und indirekt aus der römischen *militia* hervorgewachsen ist. Im *Edictum Theodorici § 32* wurde den gothischen Kriegern das Recht zugestanden, in der Form der römischen Militärtestamente zu testiren: damit sollte nicht das römische Testament zu einem allgemeinen Rechtsinstitut gemacht werden, aber wir sehen an dieser Ausnahme gerade den Zusammenhang des alten und neuen Soldatenrechts. Allerdings machte sich in den beibehaltenen antiken Formen mehr und mehr ein neuer, germanisch-christlicher Geist geltend; der Bezug des Kriegsdienstes zum Christenthum ward verinnerlicht, die militärische Disciplin zu einem Band persönlicher Treue veredelt[1], die *militia Romana* gestaltete sich zum Vasallenthum. Dieser ideale Schwung des romanischen und germanischen Ritterthums ist etwas Neues, aber Jahrhunderte lang hießen die Ritter und Vasallen *Milites;* auch die *libri feudorum*[2] bedienten sich dieses Ausdrucks, und er erhielt sich in der folgenden Literatur. Römische Collegien und Societäten der Provinzialen mit ihren *sacra* und *contubernia* setzten sich in den Brüderschaften und Zünften der Städte fort[3]; die *beneficia* in den Militärcolonien des röm. Reichs gingen auf die Kirche und von dieser auf die politischen Fidelitätsverhältnisse über, die *beneficia* wurden zu *feuda*[4]. Die Beibehaltung und Fortbildung der lateinischen Sprache, die im Mittelalter ein neues Heimatrecht erlangte, zeigt deutlicher als Alles das reale Band des Zusammenhangs. Germanische Könige setzten die Sitte des Edicirens der alten Provinzialstatthalter fort[5]. Baldus[6] endlich zieht den Satz des römischen Rechts, daß zufolge Militärrechts der *heres castrensium rerum* die castrensischen, der *heres privatarum rerum* die übrigen Nachlaßschulden zu tragen habe[7], hervor, um ihn auf den Vasallen als *miles* zu übertragen: wir sehen darin jenen merkwürdigen Dualismus des Militär- und Privatrechts[8] in neuer Anwendung zum theoretischen Bewußtseyn kommen. Es ist kein Zweifel, daß im Lehnrecht das Militärrecht der Römer wieder auflebt.

## V.

### *Contractus suffragii.*

Zu § 972] In der Kaiserzeit treffen wir die Ausdrücke *suffragatio, suffragium* in einem neuen Sinne. *Suffragatio* bedeutete im kaiserlichen Staatsrecht das kaiserliche Reservatrecht der Candidatenempfehlung[9]. Man unterschied[10] die *nominatio,* d. h. die Feststellung der Wahlfähigkeit der sich zur Wahl meldenden Bewerber, welche zur Competenz der wahlleitenden Magistrate und auch des Kaisers gerechnet wurde, und die *commendatio,* d. h. den Vorschlag der zu Wählenden als bindende Entscheidung für die Comitien, bez. den Senat. Für Beides wurden die Ausdrücke *suffragium*[11], *suffragatio* gebraucht. Von den 20 Quästoren z. B. scheinen in der Regel zwei, nämlich die als kaiserliche Quästoren zu verwendenden, aus kaiserlicher Commendation hervorgegangen zu seyn[12].

---

1) Dahn *l. c.* 1. S. 216. Fitting d. *castr. peculium* S. 477. — 2) z. B. *I*, 16, 21. 22. 28.
3) Gierke das deutsche Genossenschaftsrecht I. (1868) S. 225.
4) Schulte deut. Rechtsgesch. § 43. Anm. 30.
5) Bluhme i. Bekker's Jahrb. d. gem. R. II. S. 210.
6) *Consil.* 3, 232. — 7) s. Cursus § 934. — 8) s. Excurse S. 663.
9) s. *lex de imperio Vespasiani.* Vergl. Mommsen Röm. Staatsr. II. (*ed.* 2) S. 882.
10) *Dio* 53, 21. Mommsen *l. c.* S. 879. — 11) *Plin. Ep.* 2, 9, 2. — 12) Mommsen *l. c.* S. 577. 886.

Später (in der christlichen Kaiserzeit) verstand man unter *suffragium* die Fürsprache beim Kaiser behufs Auswirkung von Gnadenbezeigungen, Ehrenstellen und Staatsämtern. Solche Fürsprache war unter schlechten Kaisern sehr einflußreich, und schon in den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit durchaus nicht ungewöhnlich, scheint aber später immer festere Sitte geworden zu seyn, denn auf Inschriften trifft man die Notiz, daß durch Verwendung des Verstorbenen, welchem das Monument gesetzt sei (*suffragio ejus*), der Errichter mit einem öffentlichen Amte sei begnadigt worden. Vorspiegelung von Einfluß am kaiserlichen Hof, um von leichtgläubigen Bittstellern Geld zu erlangen, nannte man *per fumum vendere*[1]; mit großer Strenge soll Severus Alexander gegen schwindlerische Zwischenhändler (*fumi venditores*) vorgegangen seyn[2].

Aus Verordnungen der Kaiser Julianus (362) und Theodosius I. (394) ersehen wir, daß zu dieser Zeit eine Verwendung der Vertrauten des Kaisers für dritte Personen vorkam, und selbst feste Abmachungen über eine Belohnung unter dem Bittsteller und Fürsprecher (*suffragator*) stattfanden. Solche Abmachungen wurden *contractus suffragii* genannt. „J. Gothofredus[3] hat entwickelt, daß der *contractus suffragii* weder durch die im Theodosischen Codex enthaltene Verfügung Julian's[4] für schlechthin wirkungslos erklärt, noch durch Justinian zu einem absolut gültigen und verpflichtenden Rechtsgeschäft erhoben worden ist. Denn von der Constitutionen-Sammlung Justinian's mag jenes Julianische Gesetz wohl aus besonderen Gründen ausgeschlossen geblieben seyn. Dasselbe war, ungeachtet der allgemeinen Fassung seines Redeausdrucks, ursprünglich vielleicht nur dazu bestimmt gewesen, dem Mißbrauch zu steuern, der unter der vorhergegangenen Regierung bei der Vergebung öffentlicher Aemter sich eingenistet hatte. Gleichwohl lautete der Inhalt desselben so umfassend, daß scheinbar ein allgemeines Verbot des *contractus suffragii* daraus hätte abgeleitet werden können. Es mochte daher dem K. Justinian nicht minder bedenklich erscheinen, das Edikt Julian's ohne eine beschränkende Erklärung aufzunehmen, als durch die Hinzufügung einer solchen auf die Mißbräuche der Vorzeit hinzuweisen. Wirklich übergegangen in Justinian's Sammlung ist ein Gesetz von Theodosius[5]. Dasselbe anerkennt den mit einem Fürsprecher eingegangenen Vertrag (*contr. suffr.*) als verbindlich, und es gestattet dem Fürsprecher, den empfangenen Lohn zurückzubehalten, sowie den noch nicht gezahlten einzuklagen, sobald er sein Versprechen erfüllt hat. Nur wenn derselbe eigenmächtig auf Grund einer schriftlichen Zusage in den Besitz von Vermögensobjekten des Contrahenten sich gesetzt haben sollte, wird er verpflichtet diese herauszugeben, und er verliert alsdann jeden Anspruch auf Belohnung[6]. Indem Justinian diese Verordnung als das Regulativ für die Praxis seiner Zeit bestehen ließ, dachte er nicht entfernt daran, zugleich die Verhandlungen über die Auswirkung von Staatsämtern und Ehrenstellen dem Verkehr von Privatpersonen freizugeben. Vielmehr ist ein ausdrückliches Verbot dagegen durch ihn erlassen worden[7]. Demnach

1) *Capitolin. Ant. Pius c.* 6. *Appulej. Apol. p.* 66. (*ed. Bipont.*). Dazu Casaubonus Anmerk. zu *Capitol. l. c. c.* 11.

2) *Lamprid. Alex. c.* 21. 23. 35. 45. 66. Dirksen die *scriptores historiae Augustae* (1842) S. 219.

3) *Cod. Theodos.* Comm. zu 2, 29: *si certum petatur de suffragio.*

4) *c.* 1. *C. Th.* (2, 29). Veranlassung zu derselben war eine Aegyptische Deputation, worüber Ammianus Marcellinus (*lib.* 22. *c.* 6. § 5) berichtet. Dirksen *l. c.* S. 225.

5) *c.* 2. *C. Th.* (2, 29); *c.* 1. *C. Just. de suffragio* (4, 3).

6) Vergl. Mühlenbruch Pand. § 432; Unterholzner Lehre v. d. Schuldverhältn. II. (1840) § 521. S. 374.

7) *Nov.* 8. Vergl. Biener Gesch. d. Novellen (1824) S. 440.

kann denn auch dem K. Tiberius II.[1] nur die Veranlassung vorgelegen haben, dieses Verbot Justinian's von Neuem einzuschärfen; keineswegs aber, wie Casaubonus glaubt, jenes ältere von Justinian's Gesetzesredaction ignorirte Edikt des K. Julian zu repristiniren" [2].

## VI.

### *Militia* und *quasi castrense peculium.*

Zu § 980] Das *castrense peculium* ist eine Creatur des Kaiserthums[3], gleich und mit demselben entwickelt es sich langsam und stetig. Zwei große Stufen sind zu unterscheiden: eine vordiocletianische und eine nachdiocletianische Zeit; man bezeichnete dann beide Stufen als das *castrense* und *quasi castrense peculium.* Unter *quasi castr. peculium* ist hier nicht die spätere Erweiterung des *castr. peculium* in der vordiocletianischen Zeit[4], sondern die nachdiocletianische Erweiterung verstanden.

Auch diese nachdiocletianische Erweiterung hängt, ebenso wie die erste Schaffung des Rechtsinstituts, mit einer großen politischen Neuerung zusammen. Mit August begann der castrensische Filialstaat, mit Diocletian der militärisch-büreaukratische Monarchismus. Dieser Monarchismus war, geschichtlich betrachtet, nichts Anderes, als eine Erstreckung des militärischen Systems, welches nach Augustischem Gedanken nur ein Filial der Republik gewesen, auf den Staat im Ganzen. Alles wurde nun dem militärischen System einverleibt; der Militarismus ward zum politischen System, ähnlich wie im Mittelalter der Feudalismus zum politischen System ward[5]. Im Militarismus suchte die alternde Gesellschaft ihre Zuflucht und Burg. Alles mußte sich dem Militarismus fügen. Der Staat war ein Heer von Soldaten im Krieg und Frieden, auch die Hof- und Staatsbeamten waren Soldaten im weitern Sinne, und selbst die Cleriker ordneten sich als die Streiter der Kirche, d. h. der Staatskirche und damit zugleich des Staats, ein in dieses System und diese Disciplin.

Daß auch das *quasi castrense peculium* ein Abbild dieses politischen Umgestaltungsprocesses ist, hat Fitting deutlich gezeigt. Er führt aus, wie die gewöhnliche Vorstellung von der Art seiner Entstehung aus einer Anzahl einzelner seit Constantin nach und nach erlassener Bestimmungen unhaltbar ist, und wie vielmehr das *quasi castr. peculium* der Staatsbeamten damit zusammenhängt, daß der Begriff und Name der *militia* seit dem 3. Jahrh. auch auf ihr Amt ausgedehnt wurde, und sie dem entsprechend militärische Amtstracht und Abzeichen erhielten[6]. Es ist auch hier ähnlich, wie dann wieder im Mittelalter, wo an das System der *feuda* sich ein System der *quasi feuda* oder *feudastra* anhängte, weil alles Bedeutende im Lebensgetriebe dem herrschenden Styl zu unterwerfen ein sociales Bedürfniß der Zeit war, welche Alles einheitlich anschaute und gestaltete. Vorläufer dieses Doppelsystems war das militärische System des spätrömischen Weltreichs mit seiner *militia* im engern und weitern Sinne (*duplex militia*)[7], mit seiner castrensischen und quasicastrensischen Gesellschaftssphäre.

---

1) *Nov.* 161. Vergl. Biener *l. c.* S. 475. — 2) Dirksen *l. c.* S. 222–4.
3) s. oben (Excurse) S. 665. — 4) s. oben (Excurse) S. 669. 670.
5) Ein geschichtlicher Beweis dafür liegt in der Art, wie die siegreichen Germanen in dieses Militärsystem eintraten und das vorgefundene System auf sich als die neuen Träger (im Gegensatz der Provinzialen als *privati*) übertrugen. An die Stelle der germanischen Söldner im römischen Heer trat ein germanisches Heer, eine germanische *militia*. Vergl. oben (Excurse) S. 695.
6) Fitting d. *castr. peculium* (1871) S. 416–425.
7) *Tit. Cod. qui militare possunt* (12, 34).

Die *militia* im engern Sinne ward *legionaria* oder *armata militia*[1] genannt zum Unterschied des Beamtenstandes, welchem gleichfalls die *cinguli praerogativa*[2] im Laufe des 4. Jahrh. zu Theil wurde[3]. Alle, welche als Soldaten oder Beamte in des Kaisers Dienst standen und durch den militärischen Gürtel sich von den übrigen Einwohnern unterschieden, wurden als *militantes* bezeichnet[4]; mehrfach findet sich der Ausdruck *literata* und noch häufiger *cohortalis militia*, von kaiserlichen Civilbeamten gebraucht[5]. Bereits in Caracalla's Zeit ward von einer *armata militia* gesprochen[6], was eine zweite Art der *militia* voraussetzen läßt[7]. Anzunehmen ist, daß jedenfalls, als Constantin d. Gr. den palatinischen Hülfsbeamten das *quasi castr. peculium* zusprach, ein solches für die höheren Staatsbeamten bereits anerkannt war[8]. Auch Constantin's Verordnung war wohl nicht schaffend. „Was Löhr[9] von den höheren Beamten mit Unrecht behauptet, trifft für das Hülfspersonal (die *officiales*)[10] vollkommen zu. Seit der ersten Kaiserzeit kam es nämlich immer mehr in Uebung, zur Besorgung des Büreau- und Subalterndienstes sich der Soldaten zu bedienen. Und die *officia* der Beamten hatten also nicht bloß eine der militärischen ähnliche Zusammensetzung und Verfassung, sondern die Officialen waren wirkliche Soldaten, die zeitweise vom eigentlichen Kriegsdienst befreit und zur Dienstleistung in der Verwaltung commandirt waren[11]. Damit hängt es ohne Zweifel zusammen, daß dergleichen Subaltern- und Büreaustellen *militiae* hießen. Allein dieser Hülfsdienst in der Verwaltung muß sich doch schon frühzeitig in der allgemeinen Anschauung und auch thatsächlich von dem wirklichen Kriegsdienste geschieden haben. Denn wir wissen[12], daß bereits am Anfange des 2. Jahrh. solche *militiae* einen Gegenstand des Verkehrs, insbesondere des Verkaufs und Vermächtnisses, bildeten, gerade so, wie schon zu Ende der Republik die damaligen, nichtmilitärischen Subalternbedienstungen als verkäuflich behandelt worden waren“[13]. Aber „diese *officia* behielten stets einen militärischen Karakter, selbst dann, als im Gefolge der neuen Einrichtungen Diocletian's und Constantin's bei der Trennung der Civil- und Militärverwaltung die Officialen der Civilbehörden aus den Armeelisten gestrichen worden waren[14]. Nur versteht es sich von selbst, daß man jetzt die Officialen noch schärfer als früher von den wirklichen Soldaten unterschied. Auch verloren jene jetzt manche Vorrechte, die den letzteren zukamen, namentlich die Befugniß zur Errichtung eines militärischen Testaments“. Alles galt auch von den palatinischen Officialen, sehr begreiflich also, daß Constantin ihnen das Privileg des *castr. peculium* bestätigte, während das Testirprivileg verloren ging[15]. „Daß man später in dieser Verordnung die Quelle des *quasi castr. peculium* der *Palatini* erblickte, kann nicht auffallend erscheinen“[16].

---

1) *Pseudo-Ambrosius Sermo* 7. (od. 66).
2) *c.* 6 *C. Th. de post.* (2, 10) von Honorius und Theod. II. Fitting S. 419.
3) in *c* 6. *cit.* als *militantes ex jure praecincti* bezeichnet.
4) Dahn die Könige d. Germanen S. 174; v. Bethmann-Hollweg Röm. Civilproc. III. S. 37. 95. 161. 229.
5) *Nov. Valent. III. Tit. II. L.* 2. § 4; *c.* 8. *C. Just. de proxim. sacr. scrin.* (12, 19). Fitting S. 424.
6) *fr.* 6. *pr.*; *fr.* 18. *de re jud.* (42, 1); *c.* 1. *de jur. ign.* (1, 18); *c.* 4. *qui dare tutor.* (5, 34); *c.* 2. *qui mil. poss.* (12, 34).
7) Nannte doch bereits die republikanische Zeit den Juristenberuf *urbana militia*: s. oben (Excurse) S. 228.
8) *c.* 37. *de inoff. test.* (3, 28); Thalelaeus Uebers. d. Codex *ad h. l. cf.* Fitting *l c.* S. 419. 425.
9) Arch. f. civ. Prax. Bd. 10. S. 176. — 10) s. Cursus § 949.
11) v. Bethmann-Hollweg *l. c.* II. S. 158. — 12) aus *fr.* 22. *de legat. II. Celsus.*
13) v. Bethmann-Hollweg *l. c.* II. S. 143.
14) v. Bethmann-Hollweg *l. c.* II. S. 161. III. S. 15. 135.
15) *c. un. de cast. omn. pal. pec.* (12, 31). — 16) Fitting *l. c.* S. 426—429.

Auch durch Theodos. II. und Valentinian III. ward den *praefectiani* (Officialen der *praefecti praetorio*), durch Anastasius den kaiserlichen Kammerdienern (*silentiarii*) das *quasi castr. peculium*, nicht erst gewährt, sondern nur bestätigt[1].

Dies sind die Beamten. Eine zweite Kategorie von Personen, auf welche das castrensische Privileg erstreckt ward, waren die Advocaten und Assessoren (Gerichtsbeisitzer)[2], welche nicht als *milites* galten, da sie nicht aus kaiserlicher Wahl hervorgingen und nicht das *cingulum* hatten. Seit dem 5. Jahrh. ward auch bei ihnen von *militia*, erst im bildlichen, dann im ernsten Sinne geredet, und so war es nur consequent und im Geiste der Zeit, wenn sie in Ansehung jenes Privilegs den (privilegirten) Richterbeamten gleichgestellt wurden[3].

Entsprechend der bei den Kirchenvätern ausgebildeten Ansicht, daß die Gläubigen im irdischen Kampfe gegen Welt und Sünde die *milites Dei* oder *Christi* seien, und daß dieser Streiterberuf vornehmlich den Clerikern obliege, ward zuletzt auch auf diese das castrensische Privileg ausgedehnt. Man sah, seitdem die christliche Religion Staatsreligion geworden, die Christen und speciell die Cleriker als eine Art *milites* im Dienst von Kaiser und Reich an, man übertrug die Ausdrücke *milites* und *pagani* auf den neuen Gegensatz des Christen- und Heidenthums, und so war es auch wieder nur consequent, und ist nicht bloß als eine juristische Reflexion, sondern als ein Stück Weltanschauung und Gesellschaftsordnung zu würdigen, daß nun auch jenes Privileg den Clerikern zu Theil ward, denn auf diese begann man den Begriff *milites Christi* einzuschränken, als man in ihnen die berufenen Vorkämpfer gegen Un- und Aberglauben sah, Gottes und des Kaisers Reich, der Kirche und des Kaisers Beamte parallelisirte[4], und von einer *sacra, divina militia* sprach. Wie letzteren das castrensische Privileg zustand, so gebührte es auch den kirchlichen *milites*. Zuerst ertheilte es Leo den Geistlichen höherer Weihen, nämlich den *episcopi, presbyteri* und *diaconi*[5], Justinian aber dehnte es auf die *subdiaconi, cantores* und *lectores* aus[6]. Den übrigen blieb es versagt.

Endlich verlieh Justinian auch den kaiserlichen Geschenken castrensisches Privileg[7]: der einzige Fall, in welchem Frauen das Privileg zu Gute kam[8]. —

Das *quasi castr. peculium* der Beamten, Advocaten und Assessoren ward hinsichtlich des Erwerbs nach Analogie des *castr. peculium* der eigentlichen Soldaten[9] behandelt; bei den Geistlichen war diese Analogie beschränkt durch den kirchlichen Grundsatz, daß aller in Folge des Amtes gemachte Erwerb der Kirche zufalle[10]. Die *adventicia extraordinaria*[11] sind nicht zu dem *quasi castr. peculium* zu rechnen, denn weder stand rücksichlich ihrer den Hauskindern Testirrecht zu, noch sind sie in *c. 37. de inoff. test.* (*3, 28*) unter den Arten des *quasi castr. peculium* aufgezählt; diese Ansicht ist auch in der Accursischen Glosse vertreten und in Deutschland von jeher herrschende Ansicht[12].

---

1) *c. 6. de castr. pec. mil.* (12, 37); *c. 5. de silent.* (12, 16). — 2) Vergl. Cursus § 344.

3) *c. 4. de advoc. div. judicior.* (2, 7); *c. 7. de assessor.* (1, 51); *c. 8. de adv. d. j.* (2, 7). Die *Nov. Valent. III.* hat im *Cod. Just.* keine Aufnahme gefunden. Fitting *l. c.* S. 431—6.

4) *Chrisostomus* in der Homilie ὅτι χρήσιμος; s. Fitting *l. c.* S. 441.

5) *c. 34. 50. de episc.* (1, 3).

6) *Nov.* 123. *c.* 19. v. J. 546. Hier ward auch an das Episcopat die Befreiung von der *patria potestas* geknüpft. — 7) *c. 7. de bonis quae lib.* (6, 61) v. J. 530. — 8) Fitting *l. c.* S. 445.

9) mit Einer Ausnahme: Fitting S. 454. — 10) Fitting S. 455—462.

11) s. Cursus § 980. — 12) Fitting S. 464 ff.

# Register.

Die beigefügten Ziffern bedeuten die Seite.

Druck von Ackermann & Glaser in Leipzig.

